

# RIVISTA DEL DIRITTO

NELLE

ATTUALI CONDIZIONI DELLA SCIENZA E DELLA GIURISPRUDENZA

---

## TRATTATI GIURIDICI

ORIGINALI ITALIANI

DELLA

# AZIONE PENALE

PER

IL CAVALIERE

## LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO NELLE UNIVERSITÀ DI FERRARA E BOLOGNA

CONSIGLIERE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE





TORINO

DALLA SOCIETÀ L'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

VIA CARLO ALBERTO N. 33, CASA POMBA

1866

AI MIEI CONCITTADINI

PER GRATA ED AFFETTUOSA RICORDANZA

# OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Un trattato *sull'azione penale* contiene ardui problemi di diritto pubblico e privato, di politica civile, di filosofia sociale. La scienza soltanto può raccoglierli, ordinarli, metterli in luce apprezzarne le difficoltà e risolverle.

In tre maniere, secondo che io avviso, può esercitarsi la scienza intorno al diritto; e il determinare quella che si elegge, manifesta la natura del lavoro che lo scrittore ha voluto imporsi, lo scopo che si è prefisso e porge alla critica la misura onde dee farsene giudizio.

La prima maniera può dirsi la scienza in quanto è speculativa, astrae dalle istituzioni come fatti, investiga i sommi principii, li afferma, favella a tutti gli uomini e a tutti i tempi; è la ragione essenziale delle cose; è ciò che dev'essere. Ufficio proprio e principalissimo della scienza. Evidentemente l'opera scientifica, intesa in questo senso, non appartiene a chi si pone nello studio di una istituzione esistente, al quale altre due vie sono aperte e possono raffigurarsi in queste formule: 1° esame ideale e razionale, 2° esame letterale esegetico e tecnico.

L'una e l'altra può convenire, senza dubbio, allo esame ed all'illustrazione delle leggi. Il lavoro interno della giuridica, le relazioni che hanno o denno aver fra loro le disposizioni

positive, la loro ragione di essere in ordine alla volontà del legislatore, e il magistero dell'applicazione, sono la materia ordinaria del commento articolo per articolo: eccellente metodo per far risaltare i particolari e amministrare, come si direbbe, la scienza al minuto sotto la forma dell'arte, mirabilmente agevolandone le pratiche esplicazioni. Che in questo modo si possa introdurre della scienza non esporre la scienza, è manifesto, mancando questo genere di trattazione di unità, d'ordine distributivo, di sviluppo graduale, di generalità, di principii.

Io ho preferita la seconda maniera per varii e non identici motivi.

Può dirsi anche meglio che il sistema mi è imposto dalla natura dell'argomento. È uno di quelli che dotati di una vera forza di espansione ripugnano di rinserrarsi nei brevi termini di una glossa parziale: e di gran lunga oltrepassano nell'abbondanza delle idee razionali il contenuto di un Codice di procedura. Una gran portata scientifica e un'alta missione sociale si nascondono sotto l'apparente sterilità de' suoi precetti; le nozioni generali di diritto e di giustizia, di Stato e di garanzia individuale, di potere sociale e di libertà si affacciano in tutto il loro lume alla mente dello scrittore, e gli comandano l'attenzione.

Passando ai motivi generali, le cose sono a tale che è omai necessario il dare alle dottrine giuridiche quel grave e solenne indirizzo che la progrediente civiltà e i migliorati ordini della giustizia richieggono. Al quale scopo può meglio soddisfarsi esaminando ed illustrando le istituzioni esistenti che riposano o riposar devono in ricchissimo fondo di cognizioni e d'esperienza, anzichè correre a golfo perduto nelle generalità e nelle astrazioni. Le più elette teorie della scienza ove disdegnino di fare le loro prove, userò questa frase, nel fatto pratico, dovendosi pur tirare in fine a qualche applicazione, non rare volte

si trovano disadatte: sposarle alla realtà, misurarne il valore su questo terreno, farle a dir così circolare nel corpo vivo delle istituzioni onde porgere ad esse le necessarie condizioni di forza di sanità e di grandezza, è più che un nobile esercizio della ragione, un beneficio.

Forse a tanto bisogno sono sufficienti i libri che vanno oggidì per il foro, che consultiamo continuamente, sui quali formiamo le nostre opinioni, che veneriamo pressochè come oracoli? Io lo nego francamente; da dieci o quindici anni un'epoca di progresso quasi precipitosa ravvolge e seco trasporta le idee che già parvero e furono progressive; anche le legislazioni si spingono su questa via con una rapidità maggiore di quella che si sospetta per coloro i quali non veggono come un articolo aggiunto o levato in un Codice, una frase, una parola cangi un sistema e ne sostituisca un altro.

È forza intanto persuadersi, che fra quei nobili lavori e i bisogni nuovi della dottrina giuridica, vi ha di mezzo una massa per così dire d'idee sopraggiunte, vaganti senza formula scientifica, isolate in qualche decisione che ha avuto occasione di occuparsene non sempre con intento uniforme, senza nesso e senza correlativi di maniera da costituire un complesso ordinato, quello che suol chiamarsi un corpo di dottrine, un ramo della scienza.

Più sfortunatamente ancora quei celebrati lavori che illustrarono le legislazioni moderne non ci appartengono; nè vuol darsene carico agl'ingegni italiani: mancò ad essi la materia, la libertà, lo stimolo dell'onore, il vantaggio materiale: tutte cose che ai nostri vicini abbondarono. Se la necessità di rivedere da capo a fondo i trattati giuridici rimasti in arretrato, è incontestabile, l'essere quei trattati non prodotti da menti italiane, e con sentimento di costumi, d'indole e di tradizioni nostre, deve fare quella necessità più insistente e più certa.

Io per me, lo confesso, sento forte nell'animo il desiderio di una nobile e salutare reazione del genio italiano onde, tornati in onore i classici nostri studii e rinfrescata la scienza del diritto, provegga alla nostra povertà bibliografica e cessi il bisogno assoluto, il bisogno tirannico che ci siamo formati, dei libri francesi malgrado la differenza del carattere, dei metodi, dei costumi, e persino spesse volte, della legislazione e dei principii.

Debole antiguardo della valorosa schiera che Italia aspetta, ho tentato di dare al mio lavoro una direzione nuova, insolita, per così dire, d'idee, di tipo, di forme italiane. Ho trattato, non dirò di preferenza, avendo sempre seguitato il mio argomento com'era d'uopo, ma volontieri, con una certa cura speciale, con uno sviluppo che potrebbe trovarsi anche troppo esteso, quelle materie che tengono al nostro diritto pubblico e permettono di considerare le relazioni ch'esso ha immediate e vitali colla giustizia; ho voluto avvalorare coll'esempio il metodo, che io reputo assai utile, di assumere l'esame d'importanti soggetti giuridici in confronto di altri lavori già precorsi sullo stesso tema (ove in fatto ce ne siano) esercitando insieme la critica che approfondisce, ed offrendo l'apparato delle idee nuove che il tempo produsse, o per novelle istituzioni si inaugurarono, e rappresentano lo stato attuale del diritto. Con ciò si evita di rifare tutto il lavoro che il soggetto richiederebbe a trattarlo compiutamente nelle singole sue parti, e si porta, per quanto è possibile, alla sua ultima dimostrazione, nel concorso in certo modo e collo sforzo riunito di più menti che da spazii e tempi divisi si travagliano ad uno scopo.

Un'opera io scelsi fra quelle che meglio illustrarono il tema *dell'azione penale* e che mantiene ancora una riputazione superiore malgrado sia stata susseguita da qualche altra per certo più progressiva e più splendida nella forma. Offrendo

il sunto da me con proposito riveduto e accuratamente riordinato dell'opera di M. Mangin, onore dell'alta magistratura francese, volli mostrare in qual conto io tenessi le sue dottrine; ond'è che non essendo la mia trattazione estesa sopra ogni parte del tema, nè occupandosi di tutte le specialità della dottrina che lo riguarda, intendo di mantenere in tutto quello che io non discorro espressamente, la dottrina stessa del Mangin. Ravvicinando di tal guisa il suo lavoro al mio, le sue idee alle mie riforme, volli farne di più comprendere il nesso, il rapporto, e quasi presentare un corpo, una unità scientifica.

Vedranno gli uomini competenti e sapranno apprezzare le teorie in gran parte nuove che io sono venuto recando in ordine ai principii che governano una istituzione per certo fra le più comprensive del diritto giudiziario. Se non che quelle differenze che si ravvisano fra il mio lavoro e quelli degli altri su questo medesimo soggetto, rappresentano piuttosto il moto progressivo delle idee che l'opera individuale degli scrittori.

# SOMMARIO DELL'OPERA

## CAPO PRIMO

DEI CARATTERI GENERALI E COSTITUTIVI DELL'AZIONE PENALE

### § I.

**L'azione. — Analisi del suo concetto giuridico.**

1. L'azione e il giudizio. Realizzazione del principio legale. Virtù dell'azione. Sue diverse forme.
2. L'azione e la giurisdizione.

### § II.

**Dei molteplici aspetti dell'azione.**

3. Concetto del diritto romano; sua tendenza alle idee pratiche.
4. Varietà di significati che si possono attribuire all'azione rappresentante le fasi del suo svolgimento concettuale.

### § III.

**Dell'azione penale in ordine al processo.**

5. Carattere progressivo dell'azione penale.
6. Dell'azione penale nei rapporti coll'accusa.

### § IV.

**Che il premesso concetto apre la distinzione fra il processo inquisitorio e l'accusatorio e dà la misura del processo moderno.**

7. Il processo inquisitorio è analitico; l'accusatorio è sintetico.
8. Carattere medio del processo moderno.
9. Della pubblicità come inerente al processo puramente accusatorio.
10. Della inquisizione e dell'accusa; vedute storiche.

## § V.

*Continuazione.*

11. Procedura sotto la repubblica romana.
12. Uno sguardo al processo canonico. Del suo primo momento; e della sua razionale e liberale costituzione.
13. Secondo momento; il processo segreto.

## § VI.

**La storia sino all'epoca moderna non ci presenta che il processo giudiziario politico.**

14. Lunga êra del processo politico.
15. Dond'è desunto il concetto del processo giudiziario-politico.
16. Esso si svolge di due maniere, storicamente dai costumi, politicamente dall'opera dei Governi.
17. Tre forme del processo anteriori alla realizzazione del concetto puro del processo penale; e dell'artificio politico predominante.
18. Della grossiere e male intesa ma sincera giustizia dei governi barbari.
19. Di notevoli e fecondi ordinamenti che si devono al genio di Carlo Magno.
20. Ultimo pervertimento del processo penale dal secolo VIII in poi.

## § VII.

**Dei processi politici direttamente contrarii alla giustizia.**

21. Come il vero e proprio processo politico, omicida nell'intento suo, sia peggiore del processo giudiziario-politico.
22. Se non che quello stadio giuridico non fu normale in verun tempo.

## § VIII.

**Delle forme del processo accusatorio e inquisitorio come procedenti dalla idea politica.**

23. Del sistema dell'accusa proprio della costituzione romana e dei suoi principii di libertà politica.
24. Declinazione del processo accusatorio in inquisitorio nella inoltrata età di Roma.
25. Dell'indole originariamente benefica del processo inquisitorio e della servilità di cui si rese successivamente colpevole.

## § IX.

**Del processo penale moderno.**

26. Del processo misto.
27. Oggetto del processo penale. Imperfezione del processo accusatorio puro, e del processo inquisitorio puro a raggiungere la verità.
28. Felice emancipazione del processo moderno dalle reminiscenze classiche.
29. La ragione si è applicata alla soluzione di quei problemi, rifiutando lo spirito di sistema.

## § X.

*Continuazione.*

**Delle armoniche attinenze fra la informazione scritta e la discussione orale.**

30. Razionalità ed omogeneità del processo moderno.
31. Dell'erronea opinione del Carmignani. Non è vero che il processo accusatorio e l'inquisitorio siano contraddittorii e si escludano.
32. Influenza della costituzione politica sulla giustizia. Un'influenza non può negarsi; ma deve intendersi in senso largo e non assoluto e necessario.
33. Che il metodo accusatorio ed inquisitorio, saviamente armonizzati, convergono e fanno forza al ritrovamento del vero materiale scopo del processo; e come la loro conciliazione si richiegga a perfezionare l'ordinamento della prova: larga confutazione della dottrina del Carmignani.
34. Corrispondenza della oralità coll'indole naturale della prova; ufficio dell'istruzione scritta; preparazione del processo orale; cessazione degli antichi vocaboli male rispondenti alle nuove idee.

## § XI.

**Relazioni fra lo Stato e la giustizia penale.**

35. Della giustizia penale come Istituto e della sua derivazione dallo Stato.
36. E non è da sgomentarsene quando lo Stato medesimo si consideri in relazione al diritto e nella sua propria ragione di essere.
37. Della nozione dello Stato in ordine al diritto.
38. Della sociabilità come condizione dello svilnppo della umanità tendente al suo fine.
39. Dell'opera dello Stato e della sua manifestazione, della sua marcia uniforme al diritto, e della coscienza pubblica.

## § XII.

**La giustizia penale e lo Stato costituzionale.**

40. Lo Stato costituzionale è l'affermazione e la consacrazione solenne del diritto.
41. La giustizia penale considerata nelle relazioni col diritto universale formulato dallo Stato. Erroneo concetto dell'antichità.
42. La giustizia quale concetto di ragione che si matura col progresso delle cognizioni e cogl'incrementi della scienza.
43. La penalità ha acquistato il suo vero carattere.

## § XIII.

*Continuazione.*

44. Dell'azione legittima dello Stato sulla giustizia penale. Il diritto di punire è il dovere di punire. Il dovere genera il diritto. Il diritto penale come fatto universale e primitivo.
45. Scopo immediato del Codice penale; prevenire il delitto colla minaccia.
46. Confusione avvenuta intorno agli elementi della penalità.
47. La legge penale non ha per proprio oggetto la morale soddisfazione della giustizia. Il legislatore ne subisce la necessità perchè sente che il delitto gli prepara un pericolo.
48. Il sistema della difesa.
49. In qual modo penetri nel Codice penale la nozione della giustizia.
50. Del fine remoto e generale del Codice penale.

## § XIV.

*Continuazione.*

51. Dell'ufficio vero e proprio della giustizia penale.
E la retta applicazione della legge penale.
52. Relazione fra la legge penale e il giudizio.

## § XV.

**Indipendenza della giustizia penale dallo Stato.**

53. Della dottrina ecceletica. Pregi ed errori di questa dottrina.
54. Il giudizio penale è una istituzione distinta dalla legge penale; sostanziale; indipendente dallo Stato.
55. Dell'autorità e funzione dello Stato rispetto agli organi della giustizia

## § XVI.
**Dell'azione penale *(pubblica)* e delle sue attinenze colla giustizia penale.**

56. Dell'azione penale come funzione. Si allontana l'idea che lo Stato agisca in nome della Società offesa:
57. L'azione penale esercitata dal magistrato, spogliata d'ogni carattere ostile, e considerata un atto di giustizia.

## § XVII.
**Dell'autonomia e indipendenza dell'azione penale.**

I. — *L'azione penale non appartiene alla società più che appartenga alla società il giudicare. L'azione penale è un atto di giustizia.*

58. Errori dei criminalisti che sostengono la tesi contraria.

II. — *La questione se l'azione penale abbia ad esercitarsi da ogni cittadino, o delegarsi ai magistrati, è mal posta; e deriva da un concetto erroneo del diritto penale.*

59. L'azione penale, come atto di parte, è insufficiente o eccessivo; viene dalla offesa, inchiude la vendetta.
60. Tradizione storica della delegazione Reale in Francia.
61. La nozione fu passivamente ricevuta; non fu discussa colla coscienza delle nuove idee di diritto pubblico.
62. In qual modo dee porsi la questione.

III. — *Fondamento della indipendenza del poter giudiziario.*

63. È incongrua l'idea della delegazione della giustizia nel potere esecutivo.
64. Genesi del potere giudiziario. Fondamenti della sua indipendenza. La coscienza, la religione, Iddio.

IV. — *Come deve intendersi quell'articolo dello Statuto* LA GIUSTIZIA EMANA DAL RE.

65. Derivazione dalle idee francesi. Ragione storica della formula.
66. Spiegazione della formula in relazione al nostro diritto pubblico.

V. — *Che la podestà di giustizia e quella di grazia sono di un ordine diverso.*

67. Si confusero e possono confondersi solamente nel reggimento del principato assoluto.
68. La loro divisione è imposta dalle nozioni essenziali del nostro pubblico diritto.

69. Come si spieghi che la podestà di grazia è un complemento della giustizia, e quando si verifica.

VI. — *La indipendenza dell'azione penale è fondata negli stessi principii nei quali si fonda la indipendenza della giustizia penale.*

70. La giustizia penale è un tutto la cui compatta unità è necessaria al conseguimento del fine. L'azione penale ne fa parte.

71. Come l'azione penale si riveste di diritto; non rappresenta la opposizione dell'interesse, ma della ragione.

## § XVIII.

**L'azione penale e il pubblico Ministero.**

72. Del diritto d'accusa. Il potere esecutivo ne è investito, ma non ne esercita le funzioni; ne riveste il pubblico Ministero che agisce in qualità di accusatore pubblico. Sistema francese.

73. Dei suoi rapporti e subordinazione amministrativo-giudiziaria verso il Governo.

74. Della duplice funzione del pubblico Ministero rilevata da Faustin Helie.

75. Checchessia delle vedute parziali, le dottrine francesi, o quelle che noi togliamo da loro, portano all'accentramento del Potere giudiziario nel Potere esecutivo coll'intreccio delle rappresentanze.

76. Da quella teoria non si coglie alcun principio superiore nel quale riposi e si trovi guarentita la indipendenza del pubblico Ministero.

## § XIX.

*Continuazione.*

77. Ricerca di quel principio.

78. Si distinguono le ingerenze amministrative del procuratore generale dalle sue funzioni giudiziarie. La indipendenza del pubblico Ministero dal Potere esecutivo è nel suo proprio diritto, nell'altezza della sua missione.

79. Confine di quelle attribuzioni: dove comincia la giustizia, e il regno della coscienza.

80. Di tre dottrine di sapore e d'indole francese che devono rigettarsi: 1° quella che confonde la legittima ingerenza dello Stato nel preparare la giustizia colla giustizia stessa, 2° il rivestirsi il pubblico Ministero del carattere di rappresentante e difensore di una delle parti contendenti, con una separazione esagerata dall'ufficio del giudice. 3° Del soverchio di autorità e di potenza che si attribuisce al pubblico Ministero.

# CAPO SECONDO

## DEI PRINCIPALI REQUISITI E DEI CARATTERI DIFFERENZIALI DELL'AZIONE PENALE E DELL'AZIONE CIVILE

### § XX.

### L'azione pubblica.

81. Nomenclatura. — La pubblicità è semplicemente il carattere o l'attributo dell'azione penale.

### § XXI.

### Della indipendenza organica del pubblico Ministero nell'esercizio dell'azione penale.

I. — *Indipendenza in ordine alla parte lesa.*

82. L'apprezzamento della denuncia o querela è un giudizio libero del pubblico Ministero; nè fa d'uopo il concorso dell'istruttore.

II. — *Indipendenza in ordine alla parte civile.*

83. Noi fondiamo la indipendenza, di cui qui si parla, nella teoria che fa del pubblico Ministero l'organo, non della Società, ma del diritto.
84. Anche il Mangin ed altri scrittori francesi la mantengono, ma per ragioni che si provano insufficienti.

### § XXII.

### Delle attinenze del ministero dell'azione con quello della istruzione.

85. Prese in esame le facoltà istruttorie che hanno le Corti d'appello, secondo l'art. 235 del Codice d'istruz. crim. francese, trova il Mangin ch'essa è limitativa dell'indipendenza del pubblico Ministero.
86. Ma giusta l'Helie, che dice il vero, il potere attribuito alle Corti reali non è d'azione, ma d'istruzione, per quanto questo potere centrale ed energico fosse stimato importante dal legislatore francese dal quale ci deriva questo istituto.
87. Degli equivoci che presentava l'art. 235 del Cod. sud. tolti di mezzo dalla nostra legge.

88. Non può dirsi scientificamente che il magistrato giudiziario che possiede la facoltà d'istruzione sia una delle *basi dell'azione*: la base dell'azione è la potenza stessa del diritto.
89. Quelli che Faustin Helie chiama *basi dell'azione* non sono che organi impellenti dell'azione medesima fra i quali occorrono importanti distinzioni.
90. Differenze essenziali fra il ministero dell'istruzione e quello dell'azione.
91. La primordiale iniziativa appartiene al primo; e le operazioni loro si svolgono in un piano affatto distinto.
92. Per altro quando la Corte d'appello s'impadronisce dell'istruzione ha una potente e straordinaria facoltà d'iniziativa che riguarda sempre l'istruzione, da non confondersi mai con quella che al magistrato dell'azione appartiene.
93. Del vero e proprio intendimento dell'art. 436. Sostituisce la Corte all'istruttore non al pubblico Ministero.
94. È una conseguenza, un esplicamento delle connaturali facoltà attribuite in principio alla sezione d'accusa.

## § XXIII.

**L'azione penale e l'azione civile.**

95. Nozione rispettiva.

## § XXIV.

**L'azione penale, non dipendente da querela, una volta formalmente inventata è irretrattabile.**

96. Evidenza della proposizione. Rinuncia e transazione inammissibili. Fatti negativi. Della ragionevole omissione dell'appello.
97. Si propone la soluzione del problema, per quale ragione superiore il pubblico Ministero, non potendo ritrattare l'accusa, debba cooperare egli stesso, secondo giustizia, all'assoluzione dell'accusato.
98. Delle qualità incompatibili che la dottrina francese, nel suo sistema, è costretta prestare al pubblico Ministero.
99. Non esistono più qualità o rappresentanze nel pubblico Ministero. Egli è una cosa sola; l'organo del diritto, l'uomo della giustizia. E della sua perfetta impersonalità.
100. Come mai il pubblico Ministero, riputato mandatario della società, fallirebbe al suo mandato ponendosi dal lato dell'accusato per sostenerne la difesa; e come il giudice, malgrado tale difesa e l'abbandono dell'azione, potrebbe dare sentenza contraria all'accusato?

101. Facendosi luogo alla giustizia particolare, al giudizio, alla ricerca della verità, tutti i magistrati concorrono, senza divisione di fini o di rappresentanze, ad un santo identico scopo.

## § XXV.

### Disponibilità dell'azione civile.

102. Dei varii modi con cui può concepirsi tale disponibilità. L'azione civile è la proprietà.

## § XXVI.

### Limita ione del principio nel falso incidente.

103. Della natura speciale ed eccezionale del falso; e delle varie sue forme.
104. Del falso incidente civile e del suo carattere meramente oggettivo. Svolgendosi il procedimento, il fatto può tramutarsi in soggettivo, ed esser colpito dall'azione penale.
105. Ciò forma ostacolo alla transazione.
106. La omologazione è condizione richiesta alla sua validità? La transazione stabilisce i rapporti dell'interesse privato; il veto non cade che sulla esecuzione.
107. Come ciò s'intenda, colla scorta di quali principii, a quali effetti.
108. In questa combinazione il pubblico Ministero non ha iniziativa; il diritto tutelare del *veto* è proprio del tribunale.
109. In qual momento le parti si trovano vincolate, quando è che la omologazione comincia a diventar necessaria.
110. La querela dev'essere stata ammessa dal tribunale.
111. La produzione dei documenti precede di tutta necessità la sentenza del tribunale.
112. I documenti, i materiali prodotti, restano vincolati all'esame del pubblico Ministero e al giudizio del tribunale.
113. Infine non può intendersi altra eseguibilità che quella che interessa la giustizia penale.
114. Se il tribunale si è persuaso di negare la omologazione, che avviene di poi? Continua il giudizio di falso incidentale? Si ritiene di no. Rimane libera in mano al pubblico Ministero l'azione penale.

## § XXVII.

### Cessibilità dell'azione civile, effetti giudiziali.

115. Della transazione e della cessione.
116. Della libertà e dei limiti della cessibilità in confronto del diritto penale derivanti dal pericolo dell'abuso.

117. La cessione rispetto al giudizio criminale non è considerata. La trasmissibilità s'intende piuttosto dei diritti contenuti nell'azione civile, che della stessa azione civile.

## § XXVIII.

*Continuazione.*

**Opinione del Mangin e dell'Helie.**

118. Sostiene il primo non potersi, nella questione d'indennità, oltrepassare il prezzo convenuto nella cessione. In che sia fondata questa opinione.
119. È un errore confondere il diritto d'indennità proveniente dall'azione civile con un diritto litigioso.
120. Non si esclude però in modo assoluto e perentorio la teoria del litigioso; ma se ne fa una questione di fatto.
121. Argomenti che provano la erroneità della dottrina del Mangin.
122. Quella contraria dell'Helie è giusta nei suoi risultati; ma si rigetta il motivo che la indennità per causa delittuosa è una vera pena.
123. Si prova che l'indole di questa prestazione è ben diversa dalla pena.
124. Onde si conclude che la pena è sempre munita di carattere che la distinguono da ogni altra relazione giuridica e specialmente dalla obbligazione del danno.
125. Si aggiungono altre dimostrazioni di questo principio; assurde conseguenze della contraria dottrina.

# CAPO TERZO

DELL'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE E DELL'AZIONE CIVILE

## § XXIX.

**Sostanzialità dell'azione del danno.**
**Facoltà di adire la giurisdizione civile o la criminale.**

126. Il concetto della pena nella indennità civile è un regresso verso quel periodo della scienza nel quale l'elemento della penalità non era ancora chiaramente disegnato.
127. Quelle che appelliamo azione penale e azione civile appartengono a due elevati e distintissimi criterii che segnano due ordini di fatti

umani aventi in comune la violazione del diritto, e per differenza la entità della violazione e la forza perturbatrice che esercita.

128. Quantunque il danno patrimoniale sia uno dei prodotti della funesta attività del reato, esso non è che il suo prodotto materiale; e non può confondersi col danno ideale, colla negazione del diritto e colla ritorsione che il diritto opera sulla individualità colpevole mediante la pena.

129. L'opzione che ha il danneggiato di eleggere la giurisdizione civile o la criminale è speciale a questa combinazione giuridica; ma non priva l'azione civile del suo essere proprio e della sua sostanzialità.

130. La diversità dell'oggetto mantiene la distinzione delle giurisdizioni, e il modo della ingerenza la conferma.

131. Altra e maggior prova della sostanzialità dell'azione civile, il potersi esercitare nel silenzio o nell'assenza di un'azione penale.

## § XXX.

### *Continuazione.*

### **Attribuzioni del giudice civile.**

I. — *Quando l'azione penale non è più possibile.*

132. Duplice aspetto della situazione giuridica.

133. Come mai il giudice civile possa giudicare della materia di un reato anzi dichiarare la esistenza dello stesso reato.

134. La separazione delle giurisdizioni non è stabilita in forza di un principio assoluto, ma deriva piuttosto dalla convenienza e comodità dei giudizii e da criterii relativi.

135. Contuttociò la divisione della separazione criminale dalla civile, ben altro che arbitraria, è fondata nella natura delle cose; e n'è segno caratteristico la solenne formalità dei giudizii criminali.

136. Il rispetto della personalità umana le impose; cessa la causa limitandosi l'oggetto del giudizio alle proporzioni di un interesse economico.

137. Stando sempre nella ipotesi che il giudizio criminale non sia più possibile, il giudice civile, mirando al proprio oggetto, non giudica il fatto in quanto è reato ma in quanto contiene dei caratteri o elementi sufficienti per determinarsi causa immediata e certa del danno economico.

II. — *Quando l'azione penale è ancora possibile.*

138. Nella sospensione della causa civile non è propriamente imposta, ma il giudice vi presta la sua adesione ragionevole.

139. Condizioni nelle quali la libertà della giurisdizione civile è manifesta.

140. Di altre condizioni disputabili del fatto nelle quali dev'essere libero al giudice civile affermare la propria competenza, salvo appello o ricorso.

141. Si mostra che con ciò non si confondono le giurisdizioni.

142. Intervento della giurisdizione superiore per dirimere i conflitti, e prova la indipendenza delle giurisdizioni parallele.

143. Conferma nell'art. 30 del Codice di proc. pen.

144. La legge è la indipendenza: nella legge si è liberi. Da ciò il diritto di apprezzamento del giudice civile anche in presenza della causa penale; rispetta, secondo legge, la giurisdizione penale ma ad essa non serve.

III. — *Dopo la sentenza del giudice penale.*

145. Esito dell'azione civile dopo la decisione della penale; breve esposizione dell'art. 6° del Codice di proc. pen.

## § XXXI.

**Eletta la giurisdi ione civile non si può far transito alla penale; e se dalla penale alla civile possa farsi.**

I. — *Fondamento della prima regola.*

146. Duplicità e non dualità di giurisdizione: la scelta esaurisce la facoltà.

147. Ciò nei rapporti privati; mentre avendo la giurisdizione penale una ragione di esistenza sua propria, il variare del modo dell'azione civile non ha sopr'essa diretta influenza.

148. Triplice fondamento della preposta regola: 1° Il rispetto delle giurisdizioni riposto in alte ragioni d'ordine pubblico; 2° L'esaurimento della facoltà che si consuma coll'averne fatto uso una volta; 3° Il canone di libertà giudiziaria che guarentisce alle parti contendenti uguaglianza di posizione.

II. — *Se vi siano limitazioni a questa regola.*

149. Nel caso dell'art. 241 del Codice di proc. pen. (250 franc.) il documento che si ritiene falso, prodotto in giudizio civile può impugnarsi con querela civile o in un giudizio di falso principale. È una limitazione della suddetta regola secondo una opinione del Mangin.

150. Si dimostra colla scorta dei principii che non è una limitazione della regola, ma una diversa combinazione giuridica.
151. Ma passando anche la parola, ciò discende dall'anormale specialità di questo giudizio. Analisi de' suoi elementi, delle sue fasi, della sua trasformazione in giudizio penale, costituenti la sua specialità; e se ne deduce che la ripetuta regola non è punto variata.
152. Di un'altra pretesa limitazione addotta dal Mangin che pare insussistente come tale.
153. Se la parte lesa porta i suoi reclami avanti tribunale incompetente, non è vincolata dall'atto nullo e può ancora rivolgersi alla giurisdizione penale. Con questa massima si addita uno dei casi in cui l'*optio* non è applicabile.
154. Si ricerca la ragione per cui in altre specie giuridiche un atto nullo possa conseguire effetto, e in altro no, come si è stabilito avvenire nel presente caso.

III. — *Eletta la via penale non si può far transito alla civile.*

155. Si è concordi col Mangin nel rigettare la dottrina dell'interesse che porterebbe a conclusione opposta.
156. La vera ragione è questa: non trattarsi di una rinuncia pura e semplice ad un beneficio; ma di una rinuncia, interessata e adoperata come condizione di esercizio di un altro diritto. Ma i giudizii non devono essere un giuoco e un'altalena degli interessi, onde *quod semel placuit*, ecc.
157. Principio che una facoltà alternativa non usata involve la privazione di essa facoltà; che una condizione giuridica opposta è acquisita all'altra parte.

## CAPO QUARTO

### ESTENSIONE DELL'AZIONE PENALE E DELL'AZIONE CIVILE

### § XXXII.

**Introduzione.**

158. La penalità come atto di sovranità dello Stato. Concetto di territorialità.
159. Come le leggi dello Stato possono superare i confini del proprio territorio.
160. Difetto in questa parte dell'opera di Mangin.

## § XXXIII.

### Relazione fra i concetti di penalità e di territorio.

161. Tre forme si distinguono del territorio nazionale — *naturale* — *reale* — *morale*. Si spiegano codeste nozioni.
162. Il concetto di territorio è da noi osservato semplicemente nel rispetto della penalità.
163. Il territorio non è solamente *la sfera del potere*, ma altresì *la condizione* del potere, esercitandosi naturalmente e senza contraddizione sul suo territorio reale.
164. Fuori di questi termini positivi la estensione della giurisdizione penale dello Stato si concepisce come fondata nella ragione delle cose, e riconosciuta legittima dagli usi, convenzioni o principii internazionali.
165. Norme direttive di una teorica.

## § XXXIV.

### Estensione procedente da causa intrinseca, ossia dal diritto di giurisdizione.

I. — *Navi da guerra.*

166. I reati che si consumano da persone dell'equipaggio contro persone dell'equipaggio a bordo di navi che si trovano nei porti di Stato estero sottostanno alla giurisdizione della nazione a cui appartiene la nave.
167. Simbolo e rappresentanza della potenza nazionale nella nave da guerra.
168. Nelle acque di potenza amica, lo spazio di mare occupato dalla nave da guerra è un vero possesso.
169. In alto mare la giurisdizione penale del paese si esercita in modo più assoluto anche sui bastimenti di commercio.
170. Non è esautorata però la giurisdizione locale; protezione che esercita; rispetto che le è dovuto.
171. Applicazione diretta della giurisdizione dello Stato sugli individui nazionali abitanti la nave.
172. Come la nostra giurisdizione territoriale per quanto si finga estensibile al suolo della nave da guerra, sia costretta a modificarsi in presenza del diritto giurisdizionale dello Stato estero nelle cui acque si trova collocata la nave da guerra.
173. Di quei delitti che si commettono a bordo della nostra nave da guerra

a danno di un indigeno, o contro lo Stato al quale il lago appartiene.

II. — *Navi di commercio.*

174. Soggette alle leggi penali del proprio paese.

III. — *Dei luoghi in cui si spiega la bandiera nazionale.*

175. Si ritengono formar parte del territorio nazionale. Dei Consolati.

## § XXXV.
## Estensione procedente da causa intrinseca, ossia dal diritto di giurisdizione.

I. — *Sugli stranieri che delinquono nel territorio dello Stato.*

176. In quale principio si fonda l'applicazione della penalità dello Stato, nell'ordine politico e morale, allo straniero che delinque nel territorio.

II. — *Inviolabilità ed immunità degl'Ambasciatori ed agenti diplomatici.*

177. Base di questo diritto.
178. Cessando l'astratta nozione della identificazione della persona dell'ambasciadore in quella del proprio sovrano nei suoi fatti personali, che avviene di lui quando esso si faccia autore di misfatti sul nostro territorio? Diversi sistemi.
179. Di una nostra teorica nel suo principale oggetto della penalità.

## § XXXVI.
## Estensione procedente da causa estrinseca.

I. — *Estensione del territorio materiale per causa di sicurezza. Mare territoriale.*

180. Del mare *proximum*. In forza di qual titolo la nazione lo comprende nel suo dominio territoriale.

II. — *Dei reati commessi sui confini del nostro territorio.*

181. Remissivo.

III. — *Dei reati commessi fuori del nostro territorio.*

182. Predisposizioni del Codice penale.
183. Del regnicolo che commette delitto contro lo Stato in territorio estero.

184. Delinquenza dello straniero, e dei moltiplici aspetti di questo tema.
185. Del principio di difesa e del principio di giustizia.
186. La nostra legislazione si è spinta oltre le vedute della legge francese; abbraccia certi crimini di genere privato contro lo statista, e deve appoggiarsi nel principio della protezione del cittadino estesa su tutti i punti del globo.
187. Dell'art. 10 del Codice penale e delle gravi conseguenze che produrrebbe, applicato a quest'ordine di fatti.
188. Dei reati commessi fuori del territorio ma nella linea determinata dall'art. 8° del suddetto Codice; della sua ragione; della sua estensione al caso dei prodotti del reato trasportati nel nostro suolo.

## § XXXVII.

*Continuazione.*

**Istituti d'ordine. — Procedimento.**

189. Ordinamenti esecutivi che in tre modi si effettuano (art. 8 del Codice penale).
190. Dell'arresto dello straniero delinquente sorpreso sul nostro suolo, nel possesso della persona ragguagliandosi il rapporto di naturalità che dà competenza allo Stato sui nativi. Differente condizione rapporto ai nativi che delinquono contro la disposizione dell'articolo 6° del Codice penale.
191. Dello straniero giudicabile, e della reciprocità.
192. L'attentato contro i diritti dello Stato è punibile solo che abbia la potenza di nuocerci.

## § XXXVIII.

*Continuazione.*

**Osservazioni sull'art. 10 del Codice penale.**

193. Se il cittadino colpevole, condannato da estero Tribunale non ha scontata la pena, o l'ha scontata solo in parte, il suo rifugio in patria non gli gioverà finchè non abbia scontata la pena che rimane.
194. Della rigorosa osservanza della regiudicata estera. Distinzioni; se favorevole al cittadino o contraria; se fu questione di fatto o di diritto: la questione di diritto è sempre riservata ai nostri Tribunali, se ebbe o non ebbe esecuzione; se pesino ancora sul condannato delle conseguenze che il nostro Diritto reputa ingiuste e inammissibili.

195. Quale giustizia si farà allo straniero colpevole dei reati contemplati dagli articoli 8 e 9 che venne sul nostro territorio e vi fu arrestato. Si esaminano due ipotesi.

## § XXXIX.

**Cosa giudicata da tribunali esteri sulle riparazioni civili.**

196. Determinare il limite del diritto autonomo della giurisdizione del paese portato dall'art. 10.

197. Se il giudicato estero di condanna di uno statista formi al danneggiato un titolo giuridico onde conseguire la emenda dei danni-interessi? La risposta è negativa.

198. Due regole ammesse dal consenso degli scrittori: 1° non darsi esecuzione, generalmente parlando, alle sentenze criminali proferite in altro Stato; 2° potersi, secondo le proprie leggi, la esecuzione concedere agli effetti civili. Alcune avvertenze.

## § XL.

**Del diritto della estradizione. — Principii e caratteri generali.**

199. Degl'interessi bene intesi, apprestati dalla civiltà, che ravvicinano le nazioni.

200. Gl'interessi sono più o meno nobili, più o meno generali e potenti. Dell'interesse della giustizia.

201. La estradizione e la giustizia sociale.

202. La estradizione e il diritto d'asilo.

203. Concetto politico del diritto d'asilo e come possa concorrere col concetto di giustizia.

204. Dell'asilo che chiamasi generale; e non è che il diritto territoriale, la libertà politica degli Stati.

205. La estradizione è un atto di giustizia.

206. La sovranità della nazione si manifesta in questo atto come nella protezione accordata allo straniero, ma risponde ad un più alto grado di civiltà.

207. Ma in nome di qual principio giuridico lo Stato può metter le mani sulla persona di uno straniero che si rifugiò sul suo territorio e che non l'offese?

208. Conviene risalire al principio di giustizia assoluta, universale, alla quale ogni Stato ha dovere di concorrere; e la ragione del diritto di estradizione nell'ordine individuale e privato, è nella coscienza stessa del colpevole.

209. Dei sistemi di Grozio e di Puffendorfio; del Diritto ideale e dell'internazionale; e della possibile conciliazione dei loro sistemi.

## § XLI.

*Continuazione.*

**Regole della estradizione.**

I. — *Reati riconosciuti da tutte le nazioni.*

210. Norme razionali e legali della estradizione. Non si accorda che pei maggiori reati.

211. Dei trattati.

II. — *Eccezione a favore dei rifugiati politici.*

212. Ragioni per le quali suole negarsi la estradizione pei reati così detti politici, quantunque possano essere implicati in fatti colpevoli, ove risulti da essi e si mostri preponderante l'idea politica, o gli elementi dei reati non siano facilmente separabili.

III. — *Esame della qualità e delle prove dei reati.*

213. Del diritto di esame che compete alla potenza che accorda la estradizione.

214. Non si possono fissare regole certe: è un criterio di apprezzamento.

215. L'impegno di un Governo verso l'altro è morale e non sopporta altro giudizio che quello della pubblica opinione.

IV. — *Della estradizione del cittadino contraria al diritto.*

216. Lo Stato non può rinunciare al diritto e al dovere di giudicare il proprio cittadino. Ma potrà forse dirsi che il cittadino di un paese consumando in estero paese un delitto gravissimo si assoggettò alle leggi che sono colà in vigore, e così rinunciò al diritto di esser giudicato nel proprio?

217. Non si ammette la conclusione nè della rinuncia nè della facoltà che abbia il Governo di consegnare il cittadino al Governo di un altro paese per esser ivi giudicato; e per quali ragioni.

218. L'art. 6° del Codice penale, riparando ad un vuoto della legislazione francese, autorizza i tribunali a punire l'italiano che in territorio straniero ha commesso dei *crimini* contro sudditi di quello Stato; e perchè non si occupi che dei crimini.

## § XLII.

**Questioni territoriali non comprese nel diritto di estradizione.**

I. — *Oggetto del capitolo.*

219. Si tratta di questioni che interessano particolarmente le nostre re-

lazioni cogli Stati limitrofi e che non cadono nel soggetto della estradizione.

220. Questioni che possono sorgere.

II. — *Esame delle questioni.*

221. Della norma di ragione da cui deve partire il giudice nel determinare la propria competenza territoriale; e sono i principii generali della competenza.

222. Che avviene quando nell'un territorio vi è il tentativo e nell'altro la esecuzione?

223. Della difficoltà che presentano i delitti *reiterati*.

224. Difficoltà maggiore trattandosi di reato *continuato*. Suoi caratteri, Sono reati distinti riuniti col nesso della volontà. *Quid* se sono commessi parte in territorio estero e parte nel nostro? La competenza si restringe a quei fatti che furono commessi nel nostro territorio.

III. — Continuazione.

225. Concorrendo più atti materiali, congiunti con relazione di causalità, ma distinti nel tempo e successivi, a compiere un fatto criminoso, distinguere il momento nel quale il delitto si consuma, è qualche volta decidere la questione della competenza territoriale. Esempii.

226. Altre questioni a determinare fra una serie distinta di atti quello che stabilisce il concetto delittuoso.

## CAPO QUINTO

### FUNZIONI E RESPONSABILITÀ DEL MINISTERO DELL'AZIONE PENALE

### § XLIII.

**Ragioni di metodo.**

227. Della materia che s'imprende a trattare.

### § XLIV.

**Di alcune opinioni del MANGIN che non si reputano ammissibili.**

228. Tutti i magistrati della penalità lavorano ad un fine; la giustizia: e per quale motivo la divisione delle funzioni.

229. Specie di solidarietà dalla quale è solamente estraneo, nella sua posizione di resistenza, l'imputato e la sua difesa.

230. Erronee opinioni in questo proposito esposte da Mangin (anche altrove confutate), nel sostenere che il pubblico Ministero è difensore della società; nel confondere i distinti ufficii amministrativi e giudiziarii del suo Capo; nella supposta indivisibilità, o almeno nel modo d'intenderla.

## § XLV.

### Sulla ricusa degli ufficiali del pubblico Ministero.

231. Testo preciso. Vicende storiche di questa idea: in quale opinione si determinassero.

232. Il dritto di ricusa è fondato sul principio di libertà al quale cede il principio di autorità.

233. Come la legge sia difettiva, come non abbia seguito nessuno dei due principii, ed abbia offesa la logica, e messa in pericolo la moralità di cui è custode, esentando il pubblico Ministero dalla ricusa, quando è *parte principale*, mentre ne ammette il diritto quando non è *parte principale* (partie jointe).

## § XLVI.

### Della responsabilità civile dei giudici e degli ufficiali del pubblico Ministero.

(*Azione civile francese.* — Prise a partie)

234. Disposizione della legge.

235. Del dolo e della frode civile; del dolo e della frode criminale; differenze.

236. Difficoltà di determinare il soggetto concreto di codesto delitto civile, sulla cui traccia ponevano alcuni esempii della procedura francese.

237. Ciò che assolutamente si esclude da tali giudizii è la teoria del dolo presunto da fatti negativi; il dolo e la frode è necessario provarli. Milita sempre pel magistrato la presunzione di probità.

238. Colpa grave deve pure provarsi da colui che allega il rifiuto di provvedere sopra sua domanda, o la trascuranza di decidere affari che sono in istato di esser decisi.

§ XLVII.

*Continuazione.*

**Responsabilità dell'errore nel magistrato.**

239. Dell'errore intellettuale del quale niun magistrato è personalmente responsabile; a differenza di quella inconsideratezza e negligenza che produce un danno materiale effettivo.
240. Non si può garantire che ciò che si è promesso; il giudice non promette la infallibilità; i suoi errori sono oggetto di riparazioni giudiziarie. Errore evidente ma come si prova?
241. Propriamente l'errore giudiziario non esiste fuorchè nelle fasi intermedie del giudizio; si finisce colla regiudicata che è la verità.
242. Identificazione della personalità del giudice nella istituzione: concetto della civiltà.

## CAPO SESTO

DEL SOGGETTO DI DIRITTO DELL'AZIONE CIVILE

§ XLVIII.

**Di alcune determinazioni del Codice su questa materia.**

243. Disposizioni del Codice.

§ XLIX.

**Della capacità e dell'interesse.**

244. L'interesse è la base del diritto in quanto si esercita contro le persone che ci riteniamo obbligate.
245. L'interesse che è condizione dell'esercizio di un diritto dev'essere personale e concreto.
246. *Capacità* e *interesse* sono ricerche fondamentali ma subordinate. Capacità *potestà di fare*; interesse *ragione di fare.*
247. Triplice efficienza della capacità.
248. Analisi della nozione dell'interesse.
249. Diversi aspetti onde può esaminarsi l'interesse nelle quistioni penali.
250. Interesse tutelare.
251. Di una opinione inconsistente dell'Hélie. Capacità giuridica e suoi sostanziali elementi.

## § L.

*Continuazione.*

**Dell'interesse personale.**

252. L'interesse della riparazione che deriva dal reato, appartiene alla persona come soggetto di diritto.
253. Dell'interesse indiretto. L'interesse morale che sentiamo per l'offesa delle persone che ci appartengono, è interesse diretto.
254. Sin dove un interesse di questa maniera possa rappresentare la persona e i diritti dell'offeso.

## § LI.

*Continuazione.*

255. Di più offesi e più danneggiati da un solo reato; e del loro concorso nell'esercizio della querela o dell'azione civile.

## § LII.

**Persona defunta.**

256. Di varie ipotesi che si revocano in esame; 1° se il reato non fu causa della morte; l'offeso morì per tutt'altra causa, e vivente non ha mai fatto istanza per la procedura.
257. 2° Il reato è stato causa di pronta morte. — L'ucciso non avendo potuto parlare nè muovere istanze; da chi verrà rappresentato nel giudizio che consegue dal reato?
258. La legge non impone la gratitudine; non obbliga neppure l'erede a promuovere un formale giudizio; ma prescrive all'erede testamentario di denunciare l'omicidio sotto pena di decadere dalla eredità.
259. Ma l'erede testamentario ha l'azione civile? Altri ancora la posseggono oltre di lui?

## § LIII.

*Continuazione.*

**Oltraggio alla memoria del defunto.**

260. Idee degli antichi. Ora si vuol ritenere necessario un interesse materiale e personale nei parenti od eredi; meschino concetto che può essere sollevato a morale dignità.

## § LIV.

**Dell'interesse in quanto dicesi attuale e formato. Dell'interesse della offesa in relazione al tentativo.**

261. Vi è lesione se il reato non ebbe effetto, ossia nel tentativo? Hélie crede di no. Suoi argomenti. Merlin professa la stessa opinione.
262. Noi teniamo al contrario che vi possa essere lesione ed offesa, quanto basti al diritto della querela ed allo esercizio dell'azione civile, se non all'emenda di un danno effettivo.

## § LV.

**Dell'interesse generale di un Corpo morale costituito.**

263. Se un Corpo morale abbia l'azione civile per la riparazione di un fatto penale commesso contro uno dei proprii membri, e con danno ed onta del Corpo, si risolve in un diritto di rappresentanza.
264. L'interesse di un Corpo morale e il conseguente suo diritto d'azione si esamina sotto varii aspetti e in confronto di specie diverse.
265. Una decisione della Cassazione francese che ammette il diritto di querela a favore di una corporazione di farmacisti, contro illegittimi esercenti, è criticata da Faustin Hélie e da noi difesa.

## § LVI.

**Dell'alienabilità dell'azione civile.**

I. — *Diritto di pegno.*

266. L'azione civile, come proprietà, può esser materia di pegno ai creditori, quando vi si annetta ed apparisca un interesse materiale e presente.

II. — *Del diritto dei creditori che esercitano l'azione civile contro il reato del debitore.*

267. L'azione civile spetta ai creditori in danno e frode dei quali il debitore commette un reato.
268. Quando il reato lede l'interesse collettivo del ceto creditario, i singoli creditori possono esercitare per proprio conto l'azione civile, o costituirsi parte civile.
269. Non essere a tale effetto differenza fra la bancarotta semplice e dolosa; e si sostiene che il creditore non è vincolato alla massa ma può agire singolarmente.

270. Se ne trae la conferma da alcune disposizioni del Codice di commercio.

271. Nel sistema italiano, a differenza del francese, tanto i creditori che i sindaci del fallimento hanno facoltà di esercitare l'azione civile nella bancarotta semplice, i soli creditori nella bancarotta fraudolenta.

III. — *Sulla cessibilità dell'azione civile.*

272. Dell'elemento *personale* e dell'elemento *reale* nell'azione: se sia lecito, cedendo l'azione, raddoppiare il numero delle persone e quindi aumentare i mezzi della offesa contro l'imputato. — Distinzione fra cessione *volontaria* e *coattiva*; effetti che ne conseguono.

## CAPO SETTIMO

### DEL DIRITTO DELLA QUERELA

#### PARTE I.

#### GENERALITÀ

#### § LVII.

**Indole razionale e giuridica del diritto della querela.**

273. L'azione penale è essenzialmente pubblica; ma varia è la scala delle azioni punibili comprese nel vasto cerchio della stessa azione penale.

274. Si discende ad un punto in cui i fatti riprovati vengono a separarsi; e si distinguono tre stadii o momenti che rappresentano i loro caratteri differenziali, onde vario diventa il modo della loro repressione.

275. Azione penale, sempre pubblica circa il modo e l'esercizio, può essere privata *quoad causam*, e ciò dipende non tanto dalla entità o gravità dei reati, quanto dalla loro natura e qualità.

276. L'arbitrio dell'azione rappresenta il principio di libertà, prendendo giustificazione da questo, chè il bene individuale a cui si tende, è considerato come elemento del bene generale.

277. Applicazioni e beneficii che ne derivano all'ordine sociale.
278. Elementi razionali che dall'analisi dell'azione individuale vengono ad emergere. Tendenze e scopi della civiltà.

## § LVIII.

*Continuazione.*

**Metodo dei trattatisti francesi.**

279. Si espone la nota teoria francese che la querela nei casi determinati dalla legge è una condizione dell'azione pubblica.
280. Non si ammette questo fondamento: l'azione che s'istituisce colla querela è un vero e sostanziale diritto della parte privata.
281. L'azione pubblica e l'azione privata del reato sono essenze giuridiche distinte e basate in diversi principii.

## § LIX.

**Saggio di confronto cogli antichi istituti romani.**
**Osservazioni critiche sopra una dottrina di** Faustin Helie.

282. Della individualità dell'azione penale presso gli antichi onde mancano i termini di confronto col nostro sistema.
283. I *privata delicta* che non appartenevano propriamente alla classe dei reati, cominciarono ad esservi compresi coi cangiamenti legislativi avvenuti nel secondo o terzo secolo. Ciò semplicemente a rettificazione storica.
284. Premesso che dall'antica istituzione dell'*accusatio pubblica* non si deve argomentare alle nostre presenti istituzioni e alle nostre idee di diritto pubblico, si fa qualche altro appunto storico.

## § LX.

**Della desistenza come complemento della teoria esposta nel** § LVII.

285. Che la istituzione della querela è imperfettissima in Francia.
286. Diverso concetto della legislazione italiana. Il querelante ha facoltà di desistere dalla data querela; onde di questo istituto è fondamento razionale il concetto della libertà individuale.
287. Il diritto della querela non è punto una *eccezione* del principio che *per tutti i delitti l'azione è pubblica* (secondo i Francesi). È un fatto sostanziale, basato ad altri principii. Non è vero che l'azione penale rimasta silenziosa mentre tace l'azione civile, si affretti ad impadronirsi della situazione, trascinando con sè i diritti delle

parti private; ma secondo il moto della istanza privata prestandovi l'appoggio della sua forza e della sua autorità, onde la giustizia abbia il suo effetto.

**Parte II.**

SPECIALITÀ

## § LXI.

### Adulterio — Concubinato.

I. — *Del diritto della desistenza.*

288. Del carattere speciale del reato di adulterio: esigenze sociali che attenuano il rigore della penalità. Diritto di ritirare la querela. Importanza e ragione di questo diritto.
289. Opinioni di Favarde de Langlade.
290. Del sapiente procedere della legge nostra in questa materia.

II. — *Dell'azione e della desistenza rapporto al complice.*

291. Si propongono varii quesiti.
292. Il coniuge offeso può denunziare il coniuge e non il complice dell'adulterio.
293. Ma in effetto gli è come l'avesse denunciato, essendo necessità del processo l'estendersi anche a lui.
294. Ciò, secondo noi, deriva dalla stessa querela, piuttostochè dal pubblico Ministero, qual *dominus* dell'azione pubblica.
295. Dell'effetto della riconciliazione dei coniugi rapporto al complice.

III. — *Se l'azione di adulterio si estingua colla morte del marito.*

296. Si risponde negativamente perciocchè l'azione una volta intentata non ha che uno di questi due termini; la desistenza o la sentenza.

## § LXII.

### Del ratto con effetto di matrimonio.

297. Avvertenza sulla legislazione francese.
298. Breve commento all'art. 498 del Codice penale.

# CAPO OTTAVO

## DEL DIRITTO D'AUTORIZZAZIONE — INTRODUZIONE

### § LXIII.
**Proemio.**

299. Del diritto della querela e del diritto di autorizzazione; differenza di codesti concetti.

### § LXIV.
**Duplice scopo dell'autorizzazione.**

300. Che è l'autorizzazione? Prospetto della presente trattazione. *Parte prima.* In quanto l'autorizzazione è relativa alla persona offesa. *Parte seconda.* In quanto è relativa alla persona, o funzioni della persona imputata.

**Parte I.**

### § LXV.
**Fondamento dell'autorizzazione relativa alla persona offesa.**

301. Della offesa rivolta contro Corpi morali d'alto grado, o contro i rappresentanti di quegli Stati coi quali viviamo in politica amicizia. Interesse dello Stato.
302. Della qualità del reato.
303. Il diritto è fondato nella libertà della persona offesa e nella giusta ragione di tutelare la sua dignità.

### § LXVI.
**Delle offese contro il Senato e la Camera dei Deputati.**

304. Disposizione di legge.
305. È favorevole alle pubbliche libertà, laddove la legge francese è oppressiva.
306. La disposizione è permanente eziandio se la Camera è sciolta; e non si ammette la distinzione proposta dal Mangin, in quanto la ingiuria colpisca la Istituzione o piuttosto i membri della Camera.

## § LXVII.

**Delle offese contro i Magistrati, tribunali**

307. Disposizione di legge. Osservazioni.

## § LXVIII

**Appendice al § precedente.**

**Delle scritture ingiuriose prodotte avanti i tribunali.**

308. Concetto dell'art. 580 del Codice penale. Corrispondenza della legge francese.
309. Le ingiurie estranee al sospetto della causa sono colpite dalla procedura penale come reati ordinarii. Ma si ricerca il motivo per cui la nostra legge non adottò *la riserva* che la legge del 17 maggio 1819 subordinava all'apprezzamento del giudice civile.
310. Si ritiene che la nostra legislazione sia più liberale che la francese, più favorevole all'ordine illustre degli avvocati e al ministero della difesa; concentrando ogni penalità nelle disposizioni del ridetto art. 580 e del 621 nella procedura penale.

## § LXIX.

**Delle offese contro i Sovrani e i capi dei Governi esteri.**

311. La base è nel diritto pubblico e nella libertà delle persone offese.
312. Basta che la *richiesta* sia attestata dal pubblico Ministero senza esibirne le prove.
313. Di una decisione magistrale della Cassazione di Firenze nella espressa materia.

**Parte II.**

## § LXX.

**Dell'autorizzazione passiva. — Oggetto della istituzione.**

314. Che intendiamo noi per autorizzazione passiva; e dei varii aspetti sotto i quali può essere esaminata.

## § LXXI.

**Cenni storici.**

315. Confusione delle giurisdizioni. Gli antichi Parlamenti in Francia. Ragione per cui gli agenti della pubblica amministrazione erano specialmente protetti contro le accuse criminali.

316. L'Assemblea Costituente. La Costituzione del 25 frimaire, anno VIII, an. 69 e 70.
317. Leggi del 1814 intorno alle accuse dei ministri, dei pari e dei peputati.

## § LXXII.

**Delle disposizioni relative a garanzia politica.**

318. Leggi dello Statuto; rapporti colla legislazione francese.

## § LXXIII.

**Della garanzia amministrativa, riprovata dalla ragione.**

319. Usurpazione del Potere esecutivo sul giudiziario nel sistema francese.
320. Quanto sia da riprovarsi la protezione che il Governo presta al funzionario governativo contro l'opera della giustizia.

## § LXXIV.

**Della garanzia politica.**

321. È, secondo i casi, variamente regolata.

I. — *Creazione d'una competenza speciale.*
MINISTRI

322. La difesa che in certo modo assume il Governo degl'impiegati governativi è forse un privilegio?
323. Si distinguono — *privilegio* — *gius eccezionale* — *gius speciale*, e se ne porgono le nozioni.
324. Il sistema della *garanzia politica* radicalmente diverso da quello della garanzia amministrativa. La prima si fonda nella realtà, nella essenza delle cose. Tende ad assicurare una giustizia solenne e nel suo estrinseco perfetta a quei grandi fatti penali che interessano il mondo politico.
325. Del Senato come Corte di giustizia per giudicare i senatori. È una istituzione non affatto scevra di censura.
326. Il diritto di accusa nella Camera dei deputati è perfettamente costituzionale.
327. Per quali reati i ministri vi possono esser sottoposti? che sono i reati politici?

II. — *Avvertenze sull'accusa e sul procedimento.*

a) *Del diritto d'accusa.*

328. Se la *messa in accusa* dei ministri sia di esclusivo diritto della Camera dei deputati; se non esercitato rientri nella legge co-

mune. Questione considerata nelle due ipotesi: 1° se il ministro è incolpato di una complicità di un crimine o delitto della cui cognizione la Camera dei pari (il Senato) è già investita; 2° di crimine o delitto della cui cognizione non fu ancora deferita alla Camera dei pari.

329. Le soluzioni che noi presentiamo, derivano dallo Statuto nostro, messo in armonia coi principii razionali e non poco si discostano dalle vedute francesi.

b) *Del procedimento.*

330. Proposte di un regolamento di procedura in codesto straordinario giudizio fatto in Francia.

331. Tale regolamento non esiste neppure per noi. Norme razionali che si dovrebbero seguire.

332. Non si ammette coll'Hélie che la Camera dei deputati eserciti in tutta la sua pienezza l'azione pubblica; e quanto sia diversa la natura di un corpo politico da quella di un istituto giudiziario.

333. La conclusione non è che un accenno alla difficoltà di formulare sì la legge della responsabilità ministeriale che della procedura pei delitti dei ministri, dei senatori e dei deputati.

III. — *I Senatori giudicati dal Senato.*

334. Fondamenti razionali e legittimi delle giurisdizioni speciali.

335. È giustificata la costituzione di una giurisdizione speciale a giudicare i reati dei ministri; ma quella che attribuisce al Senato di giudicare i proprii membri è suscettibile di non poche e gravi avvertenze.

IV. — *Dell'azione penale contro i Deputati.*

336. Della inviolabilità della persona del deputato.

337. Si ritiene estensiva anche ai fatti importanti pena correzionale.

338. Uno sguardo comparativo fra la istituzione che concerne la garanzia dei deputati e quella che in certo modo guarentisce un privilegio ai senatori.

## § LXXV.

### Alcune osservazioni sul sistema inglese.

339. Il privilegio in Inghilterra. La costituzione. Contrasto colle idee francesi. La protezione però, secondo Blackstone, non si estenderebbe sino ai grandi reati dei membri del Parlamento.

## § LXXVI.

**Del diritto d'azione pei reati dei ministri dei Culti.**

340. Legislazione originaria.
341. Delle questioni sorte intorno all'art. 75 della costituz. dell'anno VIII a sapere fin dove si estendesse il diritto di autorizzazione a procedere contro i ministri del culto di cui era investito il Consiglio di Stato.

## § LXXVII.

*Continuazione.*

342. L'ecclesiastico si rende responsabile verso le leggi penali dello Stato o come colpevole di abuso o come colpevole di delitto. Cose distinte.
343. Che s'intenda per *abuso* nel famoso atto organico? L. 18 germin. Anno X, Art. 6, 7 e 8.
344. Applicazione alla nostra legislazione; onde per noi chiarissima la distinzione fra i fatti che cadono sotto la giurisdizione del Consiglio di Stato e quelli dell'art. 268 del Codice penale. E quindi vera l'interpretazione degli articoli organici, abusi essere propriamente quelli della casta, del corpo, della società ecclesiastica; abusi che non erano propriamente delitti secondo la legge penale, ma potevano diventarlo.
345. Concordia delle disposizioni che quei distinti fatti riguardano.
346. Ulteriori progressi della nostra legislazione. Lo Stato si è incaricato di esprimere nettamente la formula del proprio diritto nell'articolo 268 del Codice penale, nella più perfetta astrazione da qualunque concordato.
347. Osservazioni elementari intorno all'art. 268.
348. L'*indebito rifiuto dei proprii uffici* non è rammentato dalla legislazione francese.
349. Come lo Stato sia competente a giudicare dell'abuso.

# CAPO NONO

## DELLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

### § LXXVIII.

**Dell'*actio prejudicialis*.**

350. Carattere dell'*actio prejudicialis* del diritto romano in quanto si approssima alla nostra questione pregiudiziale.
351. Eccellenza del fine, universalità dell'effetto, e specialità dei subjetti, discernono le *actiones prejudiciales* o *prejudicia* dal volgo o generalità delle questioni pregiudizisli, e di altre nozioni che vi sono proprie.

### § LXXIX.

**Della natura delle questioni pregiudiziali.**

352. Seguito della nozione dell'*actio praejudicialis*.
353. Questioni pregiudiziali all'azione, o al giudizio soltanto. Per ora non si tratta che di queste ultime.
354. Definizione tolta da Merlin.
355. La questione pregiudiziale è una questione di logica.

### § LXXX.

**Della questione pregiudiziale nel rispetto della giurisdizione..**

356. In principio quel tribunale che possiede la giurisdizione della causa principale possiede eziandio quella degl'incidenti.
357. Ciò apparve nettamente nelle antiche dottrine; e concordano le moderne se non che ampliandosi colla civiltà l'orizzonte delle idee e dei bisogni giuridici, le giurisdizioni hanno dovuto moltiplicarsi e meglio definite, prestarsi vicendevole appoggio e sussidio.
358. Divisione principale, quella dei giudizi civili e penali.

### § LXXXI.

*Continuazione.*

**Della indipendenza della giurisdizione penale.**

359. Interrompimento del corso della giurisdizione attesa la questione pregiudiziale.

360. Degli effetti diversissimi che produce la questione pregiudiziale secondo che si presenti nel giudizio civile o nel penale.
361. Della questione incidentale di proprietà; e della questione di stato.

## § LXXXII.

**Della questione pregiudiziale di stato, quanto allo stato di figlio.**

I. — *Diritto romano.*

362. Massima fondamentale che attribuisce alla giurisdizione che è competente per la causa principale di decidere eziandio la questione incidente di stato.

II. — *Diritto francese.*

363. Dal punto di vista della competenza penale, la giurisprudenza francese ha ritenuto che il giudice penale decide la questione incidente d'indole civile sia che il delitto si trovi nell'atto o contratto, sia fuori di esso.
364. Obbiezioni fatte nella seconda ipotesi segnatamente da Toullier.
365. Transito alla questione di Stato.

III. — Continuazione.

366. La questione di stato limitativa dell'azione penale, non riguarda che lo *stato di figlio.*
367. Censura di questo sistema; pericolo imminente e gravissimo d'impunità nei reati di soppressione di stato.
368. Ammesso dai pubblicisti francesi, sgomentati però da un supposto contrario pericolo di un tentativo maligno per eludere il rigore delle prove civili.
369. Secondo quel sistema, la querela privata non apre mai il giudizio criminale; nasce questione se vi sia caso in cui ciò almeno sia concesso al pubblico Ministero.

IV. — *Diritto italiano.*

370. Codice civile albertino, ora abrogato, art. 168 che ricopiò la disposizione francese, riprodotto nel nuovo Codice di procedura penale.
371. Critica del cessato art. 168.
372. Si dimostra, continuando il discorso, che il sistema delle prove non patisce veruna alterazione, ma si svolge colla maggiore regolarità.
373. Incoerenza del sistema messo in confronto con istituzioni analoghe non immuni dagli stessi supposti pericoli.

## § LXXXIII.

### Delle prove civili nel giudizio penale.

*Sistema francese.*

374. Dottrina generalmente ammessa in Francia che gli atti civili e i contratti, portati al giudice penale competente a conoscerne, sono soggetti ai mezzi civili di prova.
375. Fondamenti logici di questa dottrina.
376. La stessa dottrina esaminata sul terreno pratico.
377. Concordanza in questo degli scrittori francesi. Merlin, il più liberale in questa materia, riconosce la necessità di conformarsi alle prescrizioni e alla misura delle prove civili.

## § LXXXIV.

### Delle prove civili nel giudizio penale.

*Sistema italiano.*

378. Progresso legislativo tracciato dall'art. 827 della proced. penale.
379. Commento. Scopo liberale di quella legge. Essa dispensa la formalità della legge civile, sia il reato nel contratto o fuori, in odio del delitto e in relazione al suo autore, per motivi che mentre riguardano il perfetto esercizio dell'azione penale, non formano veruu dannoso precedente o eccezione alla massima civile sul diritto della forma; si spiega questo concetto.
380. Limiti di questa dottrina. Essa concerne i *contratti* — non gli atti dello stato civile, gli atti d'ultima volontà, gli atti giudiziali.

## § LXXXV.

### Questioni pregiudiziali — Bigamia — Legislazione e giurisprudenza francese.

381. Oscillazioni della dottrina francese.
382. Delle varie e molteplici questioni pregiudiziali a cui dà luogo codesto reato.
383. Ragioni che militano a favore della competenza del giudice civile.
384. Differenza gravissima indotta dalla giurisprudenza francese in quanto si tratti di conoscere della legittimità piuttosto del primo che del secondo matrimonio. Ed è generalmente ricevuto che il giudice investito della causa relativa alla nullità del secondo matrimonio deve sospendere il giudizio e rimetter la causa al tribunale competente quando è opposta la nullità del primo.

385. Ora è a lui il conoscere della importanza della eccezione.

## § LXXXVI.

*Continuazione.*

**Legislazione e giurisprudenza italiana.**

386. Imperfezione del Codice albertino dominato dalla idea teocratica.
387. Lume che per noi deriva dall'art. 31 del Codice di proced. penale, quantunque non parli che *della proprietà o di altro diritto reale*. Decisione magistrale in questa materia.
388. Ampie e liberali vedute del novissimo Codice civile sul matrimonio.
389. Ora pertanto esiste una legislazione matrimoniale nella quale però non si ravvisano disposizioni a regolare la presente questione. Rinvio.

## § LXXXVII.

*Continuazione.*

**Osservazioni dell'art. 31 del Codice di procedura penale.**

390. L'art. 31 non parla che della *questione di proprietà* e si ritiene per ragioni critiche che il redattore non pensasse allora alla questione di stato.
391. Ma l'art. 31 può riguardarsi come un principio « l'affermazione della pienezza della giurisdizione penale investita della causa principale che ha per oggetto il reato ».
392. Il che non esclude che il magistrato penale senta il bisogno e il dovere di riportarsi a un giudizio civile, secondo la varietà dei casi.
393. Se ad ogni modo tale facoltà sia senza limiti; se si abbia a distinguere rispetto all'eccezione, le nullità assolute dalle relative. E si risponde negativamente, mantenendo la pienezza della giurisdizione penale.

## § LXXXVIII.

**Questioni pregiudiziali — Proprietà o altro diritto reale.**

394. Accenno alla legislazione francese; maggiore ampiezza della nostra, dedotta dallo spirito dell'art. 31 del Codice di procedura penale.
395. La eccezione pregiudiziale della proprietà costituisce uno stato di incompetenza nel giudice penale.

396. Ma che s'intende per *apparente fondamento* di un diritto di proprietà; come e donde potrà risultare per dar vita alla questione pregiudiziale? — Prova della proprietà — titolo dell'acquisto — del titolo apparente.

## § LXXXIX.

*Continuazione.*

397. La separazione delle due giurisdizioni civile e penale in fatto di proprietà civile è forse essenziale e fondata nella natura delle cose?
398. Larga facoltà di apprezzamento.
399. Tre condizioni sono fatte al giudice a sospendere il giudizio e rinviare la causa. 1° Che si tratti di proprietà o altro diritto reale; 2° che la eccezione sia puramente civile; 3° che il fatto opposto sia tale che, sussistendo, escluderebbe il reato.
400. Prima condizione.
401. Seconda condizione; elemento giuridico, elemento razionale.
402. Trattasi di proprietà immobiliare, non già mobiliare. Difficoltà che s'incontrano nella pratica. Esempi.
403. Terza condizione. Esame.

# CAPO DECIMO

ESTINZIONE DEL DIRITTO DELL'AZIONE PENALE

COSA GIUDICATA

## § XC.

**Introduzione — Metodo — Generalità.**

404. Cause; o riguardano la consumazione dell'azione e sono naturali e necessarie. O indotte *propter publicam utilitatem.*
405. I fatti civili ammettere il concorso delle azioni più facilmente che i fatti penali; onde non poche questioni di questo genere restano per noi senza importanza.

## § XCI.

**Della legalità del giudizio.**

406. Nozione della cosa giudicata. Verità. Legalità.
407. Dei varii sistemi che si proposero sull'autorità della cosa giudicata in vista della naturale fallibilità dei giudizi umani.
408. Intorno alla nota formula della legislazione francese. *Toute personne acquittée legalement.* — Il giudicato è la legalità.
409. Dei luoghi in cui il Codice di procedura penale si occupa della cosa giudicata.
410. Dell'annullamento nell'interesse della legge.
411. Delle sentenze assolutorie. Anche le sentenze dei tribunali incompetenti, passato ogni termine, acquistano autorità di cosa giudicata.

## § XCII.

**Limitazioni al principio d'immutabilità della cosa giudicata.**

I. — *Legislazione e giurisprudenza francese.*

412. Art. 441 e 442 del Codice d'istruzione criminale onde un limite è posto alla immutabilità della cosa giudicata, ma nell'ordine dei principii.
413. Delle questioni agitate in Francia intorno le conseguenze pratiche e reali dell'art. 441.
414. E delle decisioni della giurisprudenza francese.

II. — *Legislazione italiana — Della revisione.*

415. Motivi generali di questo istituto italiano. Suoi caratteri. (Art. 671 a 677 Cod. proc. pen.)
416. Tre casi o contingenze sono inchiusi in questa legge.
417. L'articolo 675 riguarda alla falsità dei testimonii esaminati in causa. È d'uopo che il processo di falso sia posteriore alla condanna dell'accusato.
418. Ragione del potere attribuito al Governo.
419. Le sentenze d'assoluzione sono perentorie e finali.

## § CIIXI.

**Irrevocabilità del giudicato. — Sentenza contumaciale.**

420. Cosa giudicata non esiste se non irrevocabile.
421. Sentenza contumaciale. Questioni: se contenendo la sentenza contumaciale con alcune parti dannose all'imputato alcune favorevoli,

comparendo, possa questa accettare come cosa giudicata, impugnando le altre. — Se comparendo o volontariamente o suo malgrado, possa il condannato in contumacia evitare il giudizio contraddittorio acquietandosi alla sentenza pronunciata. Risoluzioni.

## § XCIV.

**Del rapporto d'identità fra i fatti giudicati e i fatti giudicabili.**

**422.** Art. 504 del Cod. di proc. penale. L'accusato assolto non potersi più sottoporre a processo pel *medesimo fatto*.

**423.** Dei fatti giuridici: delle unità giuridiche. *Identità oggettiva.* Fatti connessi. *Identità soggettiva.*

**424.** Del fatto fisicamente, o moralmente e giuridicamente unico.

**425.** Applicazione del principio ai fatti aventi tratto successivo.

**426.** Della efficacia della cosa giudicata sui reati connessi.

**427.** Tanti giudizi quanti reati nei fatti distinti.

## § XCV.

**Applicazione della teoria in relazione all'art. 509 e 505 del Codice di procedura penale.**

**428.** Di tre corollarii che discendono dagli articoli 504-505.

**429.** Ma qual è il fatto nuovo? Atto d'accusa. Elementi d'imputabilità. Esempio *del fatto nuovo* in una magistrale sentenza della nostra Corte Suprema.

## § XCVI.

**Di più reati derivanti da un solo reato.**

*Idee francesi.*

430. Ora è questione, non della *pluralità dei fatti delittuosi*, ma della pluralità dei delitti *che collo stesso fatto si commettono.*

**431.** Principii del Diritto romano — un solo reato con una sola pena doversi punire — una volta dedotto in accusa il delitto pubblico, non potersi l'accusa rinnovare.

**432.** Divisione fondamentale del concetto in oggettivo e soggettivo; in quanto il medesimo può realmente produrre due reati, o in quanto uno stesso possa produrre due reati, *non effettivamente* ma *intenzionalmente* diversi.

433. Specialità della legislazione francese. Vigendo quella che obbligava i giurati ad occuparsi di tutti i fatti della causa, *nessuna qualificazione* del fatto poteva o *doveva* sfuggire al giudizio: ma cangiata quella legislazione, e ridotti i giurati a risponder soltanto *sulla*

*minore o maggiore qualità del reato*, ne segue, che l'accusato può esser sottoposto a un altro processo pel medesimo fatto materiale e principale, *presentato con una qualunque qualificazione diversa o modificazione*. Tal è la dottrina generalmente ricevuta in Francia.

434. Esame di una decisione della Cassazione francese che non appoggia troppo vantaggiosamente quelle dottrine e farebbe delle concessioni alla nostra opinione.

## § XCVII.

*Continuazione.*

435. Faustin Helie combatte quella dottrina con vittoriosi argomenti che si espongono accuratamente.

436. Ma la giurisprudenza in Francia, non attesi i consigli della scienza, persiste a moltiplicare i processi del medesimo fatto, visto in doppio senso. Una decisione di cassazione del 1861.

437. Altra decisione del 1864. Analisi di questa decisione, e dimostrazione degli errori che contiene.

## § XCVIII.

*Continuazione.*

**Legislazione italiana. — Teoria dei fatti nuovi.**

438. Esame del contenuto dell'art. 505 del Codice di proc. pen. e delle conseguenze teoriche che si deve dedurne.

439. Ancora della distinzione fra l'esame oggettivo o soggettivo del reato. Un nuovo aspetto soggettivo non è un fatto nuovo; ma una modificazione, una qualità, un modo di essere del fatto medesimo. Ma la formola — *l'accusato non è colpevole* — tutto comprende, e quanto al reato portato al giudizio è definitiva e finale.

440. Non si rigetta però il principio della *pluralità dei reati emergenti da azione unica*, e si espongono le formule che per noi contengono la teoria chiara e distinta *del fatto nuovo*.

441. Si scioglie la difficoltà che sembra presentare il reato esistente come *mezzo*, e non apparente in termini positivi dell'atto di accusa.

442. Ma se il reato che valse di mezzo ad un altro reato, espresso nell'atto d'accusa di cui forma l'oggetto, non famulativo al reato principale svelato nel dibattimento, è di ben maggiore gravità, allora è da considerarsi, rispetto alle legittime esigenze della difesa, un fatto nuovo.

443. Sfuggendo al tecnicismo degli articoli 505, 506 e 507 non è però meno razionale e fondato in altre norme legislative.

## § XCIX.

**Della cosa giudicata condizionale per sentenza della sezione d'accusa.**

444. Disposto dell'art. 433 della proc. pen. Vi è cosa giudicata ma condizionale.
445. Alcune regole pratiche.
446. Del valore e importanza dei motivi della sentenza che possono chiarire il dispositivo, quando in esso si dichiara — *non esistere traccia alcuna di crimine, delitto o contravvenzione.* Esempi che finiscono d'illustrare il contenuto dell'art. 433.
447. La teoria speciale in questo esame alle sentenze della Sezione d'accusa è messa in armonia colla dottrina generale della cosa giudicata.
448. Di un'altra questione relativa alla parte civile che non intervenne dal giudizio d'accusa, e che si va ad esaminare in un punto di vista più esteso.

## § C.

**Dell'autorità del giudicato penale sulla questione dei danni interessi.**

OPINIONI DIVISE.

449. Opinione di Merlin: che il giudicato penale ha piena autorità nel giudizio civile pei danni-interessi derivanti dal reato, anche quando il danneggiato non fosse intervenuto nel giudizio penale.
450. Gli uomini della scienza si dividono. Dottrina di Faustin Helie contraria a quella di Merlin e della sua scuola.
451. Sistema dell'illustre Pisanelli che può dirsi suo proprio.

## § CI.

*Continuazione.*

OPINIONE DELL'AUTORE.

452. Buona conclusione è quella del Merlin, forse non appoggiata ai veri motivi.
453. L'autore crede che male la questione sia portata sul terreno della cosa giudicata. Diverso essere l'oggetto, non concorrente il requisito della indennità delle parti, non avendo il pubblico Ministero la supposta rappresentanza di tutte le parti e di tutti gl'interessi civili.

454. Potersi convenire che nel giudizio penale si comprende una questione di stato; ma per altro nel rapporto privato dell'interesse civile onde la disputa non si trova cangiata.
455. Riflesso decisivo a respingere una tale soluzione, non trattarsi di sentenza assolutoria.
456. Si risolve la controversia, lasciando il discutere sui requisiti della cosa giudicata, e collocandone la soluzione in un principio superiore, nell'interesse generale da cui è mosso il legislatore a così disporre.

§ CII

**Sulla cosa giudicata civile e sulla cosa giudicata penale Attinenze e differenze.**

457. Oggetto.
458. L'istituto della cosa giudicata coi suoi classici requisiti, appartiene alla legislazione ed agli affari civili. Tali requisiti portati ad applicazione nella regiudicata penale, pigliano un più largo significato conforme agli interessi superiori ch'essa racchiude.
459. Esame comparativo; studio delle differenze.
460. Armonia dei principii.

§ CIII.

**Formula e contenuto della cosa giudicata.**

I. — *Della sentenza di condanna.*

461. Totalità del contenuto. Condanne accessorie o derivative. Clausula *se vi ha* luogo. Modo di procedere.

II. — *Sentenze assolutorie.*

462. Formula completa d'innocenza; perfettamente negativa.
463. Sua influenza definitiva in questione di falso civile.
464. Di altre formule non ugualmente definitive.
465. *Non constare del fatto — l'accusato non è colpevole.*
466. Falso. Onde non possa più riprodursi la questione in civile, è necessario che *la verità del documento* sia espressamente dichiarata, e se la formula è soltanto — *non costa*? Documento pubblico, o privato. Articoli della procedura civile che restano inapplicabili.

---

## § CIV.

*Continuazione.*

I. — *Estensione del contenuto.* — *Teorica.*

**467.** Nozione del contenuto della sentenza.
**468.** Della più aperta manifestazione del contenuto delle sentenze civili. Motivi.
**469.** Risultanze delle azioni civili che ne susseguono.

II. — *Giurisprudenza.*

**470.** Riassunto di regole ed esempi.

## § CV.

**Della cosa giudicata in relazione a correi complici ed altri non intervenuti nel giudizio.**

471. Giova la cosa giudicata se fu dichiarato non *farsi luogo a procedimento* — o *non esistere il reato.*
472. Non nuoce ai non intervenuti. Il principio della legalità, eminente nella formula della cosa giudicata, cede al principio della individuale libertà.

## § CVI.

**Delle sentenze della Sezione d'accusa e dell'azione civile.**

473. Sentenze della Sezione d'accusa. Influiscono sull'azione civile dei danni-interessi?
474. Allora soltanto che la sentenza dichiari estinta l'azione penale per causa di prescrizione.
475. Resta ancora senza importanza l'obbietto che la parte civile non sia intervenuta nel giudizio.
476. L'indulto, o amnistia, o grazia non lede i diritti dell'azione civile.

# CAPO DECIMOPRIMO

## DELLA ESTINZIONE DELL'AZIONE PENALE E DELLA PENA PER CAUSA DI PRESCRIZIONE, O PER ASSORBIMENTO

### § CVII.

**Duplice aspetto del diritto di prescrizione.**

SISTEMA DEL CODICE PENALE.

477. Prescrizione dell'azione: prescrizione della condanna. Economia e sistema del Codice.

### § CVIII.

**Del principio razionale della prescrizione nell'ordine civile.**

478. Differenza fra la teoria della prescrizione civile e della penale.
479. Continua aspirazione della scienza per afferrare nella prescrizione un principio di naturale giustizia. Grozio e Puffendorfio.
480. Sistema di Vatel; pone un vano fondamento nel diritto delle genti volontario. Il suo sistema instaura la perpetua servitù delle nazioni.
481. Della sua dottrina sulla prescrizione civile. Supposto abbandono della proprietà. Empirismo e incompatibilità col senso intimo della coscienza.
482. L'occupazione, il lavoro: titoli primordiali di acquisto ed altri elementi sufficienti a stabilire un diritto positivo ed estrinseco; ma si desidera ancora la ragione intrinseca ed essenziale.
483. La teoria è difettosa in questo che manca di un principio identico che governi le diverse posizioni psicologiche in cui si trovi il possessore rimpetto al suo acquisto.
484. La teoria della prescrizione civile deve eliminare l'elemento di soggettività; *la buona o mala fede*, mentre la legislazione positiva non la considera, quantunque nei requisiti necessarii alla prescrizione emerga il primo stato.
485. Il principio razionale della prescrizione civile deriva dal principio sommo della libertà generale, ed ha la sua sanzione nello stato della coscienza pubblica.

## § CIX.

**Del principio razionale della prescrizione nell'ordine penale.**

486. I rapporti razionali fra i due ordini di prescrizione non essere stati sufficientemente avvertiti dagli scrittori.
487. Di un principio sommo che domina codesto diverso ordine d'idee e in sè le congiunge.
488. *Del fine prossimo* della prescrizione penale. Quanto *all'azione* il non azzardare giudizii senza quei mezzi di prova che il tempo disperde. Quale sia rispetto alle pene già inflitte e alle condanne.
489. Per le ragioni esposte, mancano al potere sociale le condizioni che legittimano le costrizioni della individuale libertà dell'uomo.
490. Onde in amendue gl'istituti, il tempo non è che una condizione che opera congiuntamente ad elementi sostanziali di diritto.

## § CX.

**Della condizione del tempo.**

491. Prescrizioni del Codice penale.

I. — *Della età minore.*

492. Se la pena sostituita in considerazione dell'età minore, rappresenti la norma del tempo prescrittibile o piuttosto sia da desumersi dal titolo proprio del reato.
493. Giurisprudenza francese.
494. La misura del tempo che induce la prescrizione corrisponde alla pena.

II. — *Delle circostanze attenuanti.*

495. È da adottarsi la stessa conclusione.

## § CXI.

**Del corso del tempo prescrittivo.**

I. — *Dei reati continuati.*

496. Pone l'art. 145 che la prescrizione corre dal *giorno in cui cessò la continuazione*. Determinare questo momento. Esempi diversi.

II. — *Dell'ultimo atto della procedura.*

497. Come punto di partenza della prescrizione e mezzo interruttivo di essa. Ogni atto che è contemplato nel regolamento processuale.

## § CXII.

**Della sospensione e dell'interrompimento del corso della prescrizione.**

498. Disposizioni del Codice.
499. Alcune osservazioni comparative alle cause di sospensione della prescrizione civile.
500. Delle cause interruttive.
501. La recidiva.
502. Del crimine commesso in territorio estero.
503. *L'atto di precedura* come interruttivo. Della sua forma valida; e della sua validità intrinseca.
504. Della domanda giudiziaria avanti giudice incompetente. Teoria della Cassazione francese che riconosce in quella l'efficacia giuridica d'interrompere la prescrizione: sul fondamento che l'azione penale è stata messa in esercizio.
505. Si difende questa teoria; si pone in rilievo la differenza fra *perenzione* e *reiezione* per ragioni di fondo, dal rinvio della causa, o semplice reiezione per motivo d'incompetenza.

## § CXIII.

***Continuazione.***

506. Delle varie forme di reiezione. Se la domanda è rigettata, perchè non fondata in diritto, non fu capace d'interrompere la prescrizione.
507. Della reiezione per difetto di prove: distinzioni che bisogna fare.
508. La domanda o atto irregolare interrompe la prescrizione. Per quali ragioni.

## § CXIV.

**Prescrizione della condanna contumaciale.**

MANGIN, *Comp.* *N°* 156.

509. Ha la natura di condizionale.
510. La comparsa del condannato, in qualunque tempo, annulla la sentenza contumaciale; da quel momento solo risorgendo l'azione penale, può misurarsi contro di questa un nuovo corso prescrittivo. Ma la tardiva comparsa non può ritorcersi, onde in ogni modo rendere inane d'effetto l'azione penale.
511. Schiarimenti agli articoli 143 e 148 della procedura penale. Ter-

mine di decadenza. Il legislatore non può sopprimere la difesa del condannato in contumacia, ma imporgli condizioni di tempo.

512. Conciliazione razionale dei detti due articoli.

## § CXV.

**Della prescrizione e delle incapacità civili che seguono.**

513. Effetto della prescrizione sulle pene accessorie e conseguenti. Da qual punto comincia la prescrizione della condanna.

514. Degli articoli 137 e 138 del Codice penale.

515. Della morte civile abborrita dalla odierna civiltà. Progresso della legislazione. La morte civile rigettata dal Codice albertino.

516. Notevole silenzio del nuovissimo Codice sulla perdita dei diritti civili per effetto delle condanne.

517. Le pene civili non si prescrivono colle afflittive; ed è giusto.

518. Si reca ad attento esame se le leggi penali del 1859, tuttora vigenti, derogassero alle disposizioni del Codice albertino, che imponevano condizioni e graduali perdite di diritti civili a coloro che condannati in contumacia non comparivano entro termini designati. Motivo di dubitare.

519. Si risolve per la conservazione di quelle disposizioni.

## § CXVI.

**Delle attinenze prescrittive fra l'azione civile e la penale in ordine al tempo.**

520. L'azione civile si prescrive colla penale per volontà di legge. Vi è forse modo di tenere accesa con atti civili l'azione civile sicchè non cada in prescrizione?

521. Canoni di ragione che successivamente si vengono svolgendo; 1° la prescrizione dell'azione penale non s'interrompe dagli atti civili, eccettochè la stessa azione penale non sia mai stata intentata; 2° l'esercizio separato dell'azione civile non influisce sulla prescrizione dell'azione penale.

522. Pertanto può egli dirsi se l'azione civile sopravviva alla penale?

## § CXVII.

*Continuazione.*

523. Questioni del termine. Art. 149 del Codice penale.

524. La prevalenza e poziorità dell'azione penale produce la cessazione dell'azione civile per lo risarcimento dei danni, dacchè, per una causa qualunque ordinata dalla legge, quella si sopprime. Ragione. Obbiezioni.

525. Se l'azione civile che noi proponiamo non è che la esecuzione di un contratto, non sarà forse, per gli effetti della prescrizione (meno favorevole al debitore) regolata dalla legge civile, quantunque la violazione che diede causa al giudizio sia stata commessa per mezzo di un delitto?

## § CXVIII.

*Continuazione.*

526. Se l'azione *per la restituzione e rivendicazione del corpo del reato* o dei suoi derivati (differenza dall'azione del danno) si prescriva colla regola civile. Questione decisa dall'art. 149 (differenza dall'azione del danno); ma si presentano alcune difficoltà e si risolvono.

527. Se, dichiarando la legge che le azioni restitutorie non si prescrivono che in conformità delle leggi civili, abbia voluto comprendere quelle eziandio che sono una conseguenza dello stesso giudizio penale?

528. L'azione in restituzione o rivendicazione è indipendente dalla penale.

529. Dottrina erronea di Mangin; giurisprudenza confusa; legislazione muta.

530. Le condanne civili non si prescrivono che secondo le norme civili.

## §. CXIX.

**Prescrizione. — Diritto transitorio.**

531. Adozione del principio, ormai assicurato, che nel passaggio di due legislazioni, la prescrizione sì dell'azione che della pena si effettua in relazione a quelle delle due leggi che è più favorevole.

532. Le opinioni contrarie che hanno preceduto lo stabilimento di questo principio muovevano dallo scorgersi che si faceva in esso il vizio della retroattività.

533. Teoria della retroattività. Come cangi di aspetto e si modifichi nelle conseguenze secondo che si esamini nei rapporti civili o nei rapporti penali.

534. Difficoltà pratiche. Perchè la più mite applicazione abbia luogo, è d'uopo che si trovi nella legge nuova la nozione del reato corrispondente all'antica.

535. Che avvenga quando la varietà penale derivi, o da un cangiamento nel modo di classificare i reati, o da circostanze penali diversamente valutate, ovvero da circostanze inerenti al reato, che nel punto di vista soggettivo, nel nuovo sistema portano *de jure* una diminuzione di pena?

536. In ogni caso di mitigata penalità nel confronto di due leggi, l'una delle quali succede all'altra, si reputa sempre che la più moderna sia anche la più giusta; di maniera che l'applicazione della legge più mite appaia anche come una correzione di soverchio rigore usato.

537. Quali confini debbano prefiggersi a questa teoria.

538. Una conclusione. I termini di confronto non essere che *oggettivi*; tutto ciò che vi ha *di soggettivo* appartenga all'intrinseco della causa, e non alterare i dati giuridici della prescrizione.

539. Dell'art. 152.

## § CXX.

### Della estinzione della pena per assorbimento.

I. — *Generalità.* — *Calcolo della pena.*

540. L'accumulazione delle pene è odiosa alla civiltà, nimica alla umanità.

II. — *Legislazione francese.*

541. Legge del 1791. Art. 365 e 379 del Cod. d'instruct.

542. Incertezza di quella legislazione; moltiplici dubbiezze che solleva; difficoltà di risolverle senza la scorta della legge.

III. — *Legislazione italiana.*

543. Sistema del Codice penale dall'art. 100 al 117.

544. Pregi del sistema.

545. Dell'elemento *addizionale* nel concorso di due pene, l'una delle quali non è forte abbastanza per effettuare in se stessa l'assorbimento di ogni altra pena. Dove che le pene diventano più miti, il cumulo delle pene è adottato con cautela e misura; più largamente poi il metodo distributivo si applica alle contravvenzioni.

IV. — *Osservazioni specifiche.*

546. Concetto della *gravità comparativa* sempre fondato sulla qualità della pena anzichè sulla durata. La riflessione dissipa l'apparente assurdità di questo sistema.

547. Concorrendo pene *dello stesso genere*, qual è la più grave? In tal caso parziale assorbimento o trasformazione non è più possibile: non si tratta che della durata.

548. Del *maximum* secondo l'art. 109.

549. Ampia podestà morale e di coscienza è data al giudice nell'armonizzare e distribuire la pena.

550. Se la pena criminale che per la natura del reato si doveva, diede luogo alla correzionale per cause al reo personali; si effettua l'assorbimento, come se la pena criminale fosse stata inflitta; e nel concorso di delitti vi è cumulo di pene? Si risolve pel cumulo e se ne danno le ragioni.
551. Eccezione per l'art. 95 del Codice penale.
552. In qual modo si calcola la durata della pena afflittiva sussidiaria (la carcere o l'arresto) applicata in sussidio della pena pecuniaria (o multa), concorrendo due o più contravvenzioni?

## § CXXI.

### Dei giudizi che hanno luogo per determinare l'assorbimento o la riduzione della pena.

553. Sistema giudiziario. Come i giudizii procedano uniti e come distinti, comunque la pena che va infine ad applicarsi possa esser unica; e di altri quesiti che si presentano all'ultimo esame.
554. Il Codice di procedura penale modificando la legge penale, ordina sospendersi il giudizio di quei reati minori la cui pena è minacciata di assorbimento, a fronte della pena che potrà essere applicata a reati di maggior grado; il che importa, che in questo caso la Corte non se ne occupa e i reati minori rimangono scoperti di giudizio, nè a tale sistema possiamo noi prestare tributo di lode.
555. Onde deperisce e muore la stessa azione penale — però a due condizioni.
556. Dei reati che vengono a scoprirsi dopo una condanna a pena temporanea.



# DELL'AZIONE PENALE

**Sunto dell'opera di M. Mangin**

# TRAITÉ DE L'ACTION PUBLIQUE E DE L'ACTION CIVIL

BRUXELLES — SOCIÉTÉ TYPOGRAPH. BELGE, 1859.

---

**Nella prefazione sono dichiarate le ragioni per le quali abbiamo presa come punto di partenza quest'opera celebre di cui presentiamo qui il tessuto e i pronunciati principalissimi. Seguiamo una numerazione di comodo che non è quella dell'autore; e a codesti numeri si riferiranno i nostri frequenti richiami, ma come noi veniamo accennando i numeri corrispondenti del Trattato, così tornerà facile ad ognuno che il voglia, consultare il Trattato medesimo.**

---

1. Tutta l'opera è divisa in quattro capi. — Qual è la natura e la estensione dell'azione pubblica e dell'azione civile? — È la materia del primo. — A quali funzionarii è commesso l'esercizio dell'azione pubblica? — A chi appartiene l'azione civile? — Secondo capo. — Per quali cause si sospende l'esercizio dell'azione pubblica e dell'azione civile? — Terzo capo. — Per quali cause si estingue? — Capo ultimo.

2. La natura e la estensione dell'azione pubblica e dell'azione civile esigono trattazioni distinte. Ciò ha fatto l'autore nella sezione prima e seconda del primo capo.

3. L'azione pubblica e l'azione civile sono di diversa natura. La prima appartiene alla società e intende a punire gli attentati che si commettono contro l'ordine sociale. Ha per oggetto l'applicazione della pena.

L'azione civile appartiene a ogni individuo che ha patito un danno in conseguenza di un fatto punito dalla legge; ha per oggetto la riparazione di esso in quanto riguarda l'interesse materiale e privato (n. 1) (a).

4. Si prova la prima proposizione. Le leggi penali sono dirette alla conservazione dell'ordine sociale mediante la repressione di quei fatti che ledono il Governo, le persone o la proprietà dei cittadini. L'azione pubblica appartiene dunque a tutta la società nell'interesse della sua stessa conservazione (4).

5. Ma l'esercizio di quell'azione dev'essere abbandonato ai cittadini indistintamente, o delegarsi ai magistrati? Non si adottarono sempre e presso tutti i popoli le stesse idee in questo argomento (4).

6. Da chi mai deriva il diritto d'accusare? Certo dal potere sovrano. Ora è palese che l'esercizio di tale diritto deve trovarsi in armonia colla costituzione del paese.

E qui una breve escursione sulla storia dell'antica Roma, e su quella meno antica della Francia antirivoluzionaria, durante la prima l'autore aderisce alle opinioni di Montesquieu, che deplora nell'accusa pubblica uno sfogo di tutte le passioni. Quanto alla Francia, si parte da questo punto, che il diritto dell'accusa apparteneva al re, diritto ch'esso esercitava per mezzo dei suoi delegati, i magistrati. E in Francia e a Roma i delitti si distinguevano in pubblici e privati, ma la base di questa distinzione era diversa. La delegazione fatta dal re ai suoi ufficiali ammetteva delle restrizioni, mentre la parte offesa che si costituiva parte civile aveva una partecipazione effettiva nell'esercizio dell'azione pubblica (5, 6, 7, 8).

7. L'assemblea nazionale riconobbe che il diritto d'accusa è attributo proprio della sovranità, e risiede essenzialmente nella nazione; ma con ciò non era risoluto il problema se l'accusa dovesse essere *popolare*.

Thouret visto l'inconveniente dell'accusa popolare, propose si delegasse all'ufficio un magistrato, ma tale magistrato venisse eletto dal popolo.

Si chiamò *l'accusator pubblico*.

(a) I numeri così fra parentesi notati, sono quelli della serie dell'opera stessa del Mangin, edizione citata.

Così fu sostituito col decreto del 16, 29 settembre 1791. Il Governo vi rimase totalmente estraneo; e da ciò derivando che *les commissaires du roi* si trovassero una inutilità, una superfetazione, vennero aboliti colla legge 20 ottobre 1792 (9) (*a*).

Il Codice penale del 3 brumaire anno IV, tenne fermo il sistema stabilito dalla costituzione del 1791, e col decreto del 16-24 settembre di quell'anno, fece rivivere i commissarii del re col titolo di *commissaires du pouvoir exécutif*. In questa legislazione l'azione pubblica e la civile furono meglio distinte: l'esercizio della prima fu permesso a quei soli funzionarii ch'erano a ciò proposti.

Allora nacque la formula: *tout délit donne essensielment lieu à une action publique.*

Sotto il Governo consolare l'azione pubblica fu delegata al capo dello Stato, che l'esercitò col mezzo do' suoi organi ufficiali.

Il Senatu-consulto 28 floreal anno XII stabilì: « La giustizia è resa a nome dell'imperatore per mezzo degli ufficiali da lui istituiti » (9, 10, 11).

8. L'art. 45 della legge del 10 aprile 1810, in conformità di questi principii stanziò *les procureurs généraux exerceront l'action de la justice criminelle dans l'étendue de leur ressort.*

Essere l'azione pubblica compresa nel capo dello Stato, è una conseguenza giusta e necessaria del reggimento monarchico. Perchè dove risiede il potere esecutivo, ivi l'azione pubblica è come attributo essenziale. L'aziono pubblica è una *branca* del potere giudiciario, ed è il principe che delega il diritto di giudicare.

Lo ha detto anche Montesquieu (*Esprit des lois*, lib. 6, 64, 5) il quale aggiunge che il principe perderebbe insieme la più bella prerogativa della sovranità, quella di far grazia.

Deve però delegare il diritto di giudicar in modo assoluto e senza parteciparne, se no partecipandone, la riterrebbe in effetto.

Ma fra il diritto di giudicare e quello di agire in giudizio, la distanza è grande. E quest'ultima è una funzione del potere esecutivo: l'assemblea così pensò. Il potere esecutivo non deve esercitarla personalmente, come non esercita personalmente il comando militare e l'autorità amministrativa, ma delegandola a funzionarii di sua

(*a*) Restarono i giudici di pace, nominati dal popolo, su cui il magistrato superiore non aveva veruna influenza.

scelta che operano in nome suo e ch'esso può rivocare quando gli giovi (12).

9. L'azione penale appartiene dunque al re. Essa è essenzialmente pubblica.

Le parti lese non esercitano l'azione pubblica; essa è indipendente da ogni privato interesse (13, 14) (*a*).

10. L'azione pubblica è indipendente da qualunque domanda o eccitamento di parte. Ciò date alcune limitazioni da esaminarsi più avanti (15, 16).

11. Il pubblico Ministero non è obbligato di aprir giudizio su tutte le denuncie e querele che gli sono presentate.

Tutti i principali scrittori della materia, dice l'autore, hanno tolto argomento dagli articoli 47, 64, 66, 67, 68, 70, del Codice d'istruzione criminale, e dall'art. 160 del decreto 18 giugno 1811, per concludere che il pubblico Ministero non può di sua autorità risolvere sulle denuncie e querele che gli sembrino mal fondate, ma deve inviarle al giudice istruttore, specialmente se vi è parte civile.

Ma questi sono errori. Gli articoli citati da quegli scrittori dichiarano soltanto che in quei casi in cui il pubblico Ministero *può procedere a qualche atto d'istruzione*, deve al più presto riferirsene al giudice d'istruzione (17, 18, 19).

12. L'indipendenza del pubblico Ministero si vuole ad ogni modo limitata quando vi è parte civile.

Ma l'art. 3 del Codice d'istruzione criminale (*b*), che abilita a portare l'azione civile nello stesso tempo davanti ai giudici dell'azione pubblica (*c*), suppone una cosa, suppone che l'azione pubblica sia già intentata, suppone che vi sian dei giudici per l'azione pubblica: l'articolo non dice che il pubblico Ministero dovrà piegare all'esigenza della parte, promuovere suo malgrado l'azione penale onde la parte possa più facilmente riunirsi a lui (20, 21).

13. Adottati altri argomenti in conferma, si pone questo principio d'ordine giudiziario — che *nè il denunciante, nè la parte civile*

(*a*) Sotto l'impero delle ordinanze del 1670, le procedure criminali si esercitavano a nome delle parti. Anche il Codice di brumaire accordava alla parte civile di concorrere nella redazione dell'atto d'accusa.

(*b*) È inutile osservare che gli articoli citati dall'autore sono sempre quelli della legislazione francese.

(*c*) Conforme il nostro art. 3.

*danno moto all'azione pubblica ;* — che il Ministero pubblico non è tenuto a deferire alla loro volontà ; egli deve seguire la propria, inspirarsi a soli suoi doveri (21).

14. Sono però sagge limitazioni le seguenti : 1° La parte che si crede in diritto di reclamare contro alcun abuso del procuratore del re, può rivolgersi al procuratore generale, e da questo al Ministero di giustizia, art. 274 d'istruzione criminale. 2° In caso di fragrante delitto, o riputato tale, il procuratore del re, o il giudice istruttore, devono trasportarsi senza ritardo sul luogo e ivi constatare i fatti, articoli 64, 145, 182 (*a*) : sicchè è tolto il pericolo che per ingiusto e capriccioso rifiuto del magistrato sia per perire la prova. 3° Nella materia correzionale e di polizia, le parti lese hanno diritto di citare *direttamente e così mettere in movimento l'azione pubblica* (22) (*b*).

15. L'azione pubblica e indipendente dai tribunali istituiti per giudicarne.

Ne segue che i corpi giudiziarii non possono dare ordini, prescriver modi o incombenze al Ministero pubblico (23).

16. Questo principio della indipendenza dell'azione pubblica, ha due limitazioni.

La prima sorge dall'art. 11 della legge 20 aprile 1810 e dall'articolo 235 del Codice d'istruzione criminale (*c*).

La seconda è quella, che le Corti reali (Camere d'accusa) in qual-

(*a*) Codice di procedura penale italiano (del 1859), art. 43 e seg.

(*b*) Quindi secondo l'autore, se *l'azione è pubblica*, il fatto della parte non ha influenza, non contribuisce in nulla alla sua manifestazione, ciò nelle materie *criminali ;* invece *nelle correzionali e di polizia* (in quelle cause, deve intendersi come dice il testo, nelle quali la parte cita direttamente), la querela mette in movimento l'azione : come l'acqua mette in moto la ruota del mulino, ma l'acqua non è la ruota : ecco il concetto.

(*c*) Non ci tratteniamo su questo punto che non è nella nostra legislazione e non abbiamo che ad esserne contenti. Un membro della Corte imperiale poteva farsi denunciatore di crimini e delitti; da simile iniziativa di uno dei membri della Corte imperiale, questa acquistava una giurisdizione per ingiungere al pubblico Ministero di promuovere la procedura e farsene render conto. Questo mescolarsi dei giudici nel maneggio dell'azione era sconveniente e contrario allo spirito della istituzione. Del resto non sono io che dissento dalla regola d'ordine ch'era scritta nell'art. 9 di quel Codice, la polizia giudiziaria sarà esercitata *sous l'autorité des cours royales*. Onde ritengo buona la disposizione che Mangin viene indicando come la seconda limitazione del principio d'indipendenza dell'azione pubblica, e che è adottata in massima dal nostro Codice.

siasi caso hanno facoltà anche, a non intentata istruzione, di ordinare procedure, esaminare documenti, prendere informazioni e statuire quanto sarà di ragione, art. 235.

L'autore osserva che non vi ha nessuna conformità o attinenza fra le due istruzioni (24, 25).

17. L'azione pubblica è indipendente dai tribunali quando si tratta del suo esercizio; ma è del tutto sottoposta ai tribunali investiti della cognizione. Qualunque sia la opinione del pubblico Ministero, non vincola la coscienza del giudice (26).

18. Esiste vera indipendenza fra l'azione pubblica e la privata per la diversità della naturale loro indole e del loro oggetto.

Non è necessario che le due azioni siano istaurate simultaneamente.

Può avvenire che l'azione pubblica non sia ricevibile, e che l'azione civile lo sia, o viceversa.

La parte civile può transigere, rinunciare la sua azione; l'azione pubblica non si rinuncia nè si transige (27, 28, 29, 30).

19. La materia della transazione sul falso incidente è regolata da una legge particolare dell'art. 249 del Codice di procedura civile. La virtù di questo articolo è in vario modo apprezzata dai giureconsulti, ma l'autore crede, che mentre il tribunale omologa la transazione nell'interesse privato, possa ordinare ciò che sia di ragione perchè il processo abbia luogo nell'interesse pubblico (*a*).

20. Dal momento che il Ministero pubblico promosse l'azione, il conoscere se l'azione sia o no fondata, appartiene totalmente ai tribunali. Non è del pubblico Ministero il desistere, tornare indietro, ritrattarsi: agente della società (*le Ministère public est l'agent de la société*) opera in nome di lei e non in un interesse che sia a lui personale (*b*). Così non può desistere nè dall'appello già proposto da una sentenza correzionale, nè da un ricorso in Cassazione già inoltrato (*c*) (30, 31, 32).

(*a*) Non riporto i motivi dell'autore, perchè questo punto sarà specialmente esaminato nel § XXVI dell'opera.

(*b*) Chi mai potrebbe asserire che il pubblico Ministero agisca in un suo interesse personale? Ciò sia detto di passaggio.

(*c*) Cassat. Arr. 26, fev. 1827, Arr. 24, brum. an. VII, 2, mars. 1826, 3 janv. 1831, 25 fev. 1813, 26 maj 1827, 8 mars 1838, 16 juin 1809, 20 nov. 1811, 3 janv. 1834, 15 juill. 1836, 2 mars. 1837, citati nella edizione.

**21.** L'azione pubblica e l'azione civile si conoscono in giurisdizioni diverse, l'azione pubblica dai Tribunali criminali, la civile dai Tribunali civili.

È certo che l'azione pubblica non può esser portata che avanti una giurisdizione criminale.

Io non conosco altra eccezione a questa regola, dice l'autore, fuorchè nel caso della separazione di corpo pronunciata dal Tribunale civile contro la moglie per causa d'adulterio. Il Tribunale, a domanda del pubblico Ministero può condannarla alla pena del carcere da tre mesi a due anni (Codice civile, art. 298 e 308) esercitando un atto di giurisdizione correzionale (*a*).

Similmente la parte lesa da un delitto, non può tradurre avanti il Tribunale penale le persone civilmente responsabili finchè non vi è un prevenuto e un giudizio penale contro lui.

Così, l'azione pubblica estinta, per una causa qualunque, l'azione civile non può essere intentata, nè riprodotta al giudice penale.

E l'incompetenza deve considerarsi d'ordine pubblico (33, 34).

**22.** La parte lesa può scegliere fra la giurisdizione civile e la penale; ma scelta una volta la via civile per domandare il risarcimento del danno, non può convolare in seguito alla giurisdizione penale (35).

**23.** Nondimeno la regola è soggetta a qualche eccezione.

Art. 250 del Codice di procedura civile (*b*). L'attore in falso (civile) può sempre provvedersi per la via criminale in falso principale; e in questo caso, la causa rimane sospesa, se il giudice non istima di poterla decidere indipendentemente dal documento impugnato per falso.

Altra eccezione. Se dopo l'adizione del giudice civile si scoprono documenti, prima ignorati, che danno all'affare tutt'altro colore, il colore del delitto.

Ancora una terza limitazione. Se il Tribunale avanti il quale la parte lesa ha portata la sua domanda, si è dichiarato incompetente. È manifesto che essendosi adito un Tribunale incompetente, si è fatto nulla: si rimane nello stato di prima (36).

**24.** Non solamente la parte lesa che ha scelta la via civile non

(*a*) Quelle disposizioni non furono raccolte dal Codice albertino.

(*b*) Al quale corrisponde l'art. 241, del nostro Codice di procedura civile.

può far passaggio alla criminale, ma neppure le è permesso di passare dal criminale al civile. Nè vale, che il convenuto sarebbe senza interesse per opporsi: il nostro sistema non fa dipendere dall'interesse privato l'ordine delle giurisdizioni (37).

25. L'azione pubblica e l'azione civile possono proporsi avanti gli stessi giudici, ma si mantengono distinte nel loro oggetto.

Come conseguenza, il pubblico Ministero non può chiedere risarcimento di danni a favore della parte lesa che non li domandò punto; nè porre appello perchè la parte privata non ebbe il fatto suo. All'incontro l'appello della parte civile non impedisce che la sentenza proferita acquisti autorità di cosa giudicata contro l'azione pubblica. La facoltà di appellare per gl'interessi civili non appartiene che alla parte civile.

Non altrimenti se la parte civile si è lasciata condannare in contumacia, la sua opposizione non toglie valore alla sentenza nelle disposizioni concernenti l'azione pubblica (*a*) (38).

26. Se non che, la regola (*b*) che gli atti della parte civile sono senza influenza sull'azione pubblica, e per converso che gli atti della parte pubblica non influiscono sull'azione civile, subisce due eccezioni: 1° in materia di prescrizione, 2° in materia di opposizione formata dalla parte civile alle ordinanze della Camera del Consiglio che decidono a favore della libertà del prevenuto. L'autore si riserva di esaminarle in appresso (*c*) (39).

27. Trattando *della estensione dell'azione pubblica e della civile*, Mangin comincia da questo postulato: oggi, per ciò che spetta al pubblico Ministero, non vi è più ragione di distinguere fra reati che sono più o meno infessi all'ordine sociale: non vi sono più delitti privati. La società tutta quanta si commuove per un reato commesso

(*a*) La Corte di Cassazione di Francia osservò che la parte della sentenza che riguardava l'azione pubblica era stata resa in contraddittorio fra il pubblico Ministero, o qual altro fosse rappresentante della legge, e il prevenuto. Art. 20, floreal an. IX.

(*b*) Che Mangin chiama un principio.

(*c*) L'autore entra ad esaminare una materia, che presenta frequenti e singolari eccezioni nella teoria, della inalienabilità dell'azione pubblica, e riguarda, 1° le tasse e contribuzioni indirette, 2° i diritti doganali, 3° i boschi e la pesca. Non crediamo di doverlo seguire in questa escursione, riguardando più che altro leggi o regolamenti speciali.

contro uno de' suoi membri, ogni infrazione della legge protettrice delle persone e della proprietà perturba, sconvolge l'ordine pubblico: ne segue che crimini, delitti, contravvenzioni, ogni reato è colpito dall'azione pubblica (a) (57).

28. Tutti i cittadini sono uguali innanzi alla legge penale: delinquenti, sono tutti ravvolti nell'azione pubblica (58).

29. L'azione pubblica si estende anche agli stranieri che commettono un reato qualunque nel territorio dello Stato, o vi si trovino di passaggio, o stabilmente vi dimorino; e sia il reato commesso a danno di un cittadino o d'uno straniero (b) (59).

30. La protezione delle leggi francesi si estende pure agli stranieri che non abitano la Francia; e basta che ivi a danno loro sia stato commesso un reato (60).

31. Il punire i reati che si commettono in Francia, è un diritto fondato nella sovranità nazionale: ora con quale altra specie di diritto si potrebbero colpire i reati commessi fuori del territorio nazionale? Qui Mangin volge uno sguardo allo stato giuridico anteriore.

O si trattava di un delitto commesso da uno straniero a danno di un altro straniero, non si poteva procedere in Francia eccetto che l'imputato non si trovasse sul suolo di Francia (c), e non vi sia querela della parte lesa (d). Se non che l'accusato poteva domandare di essere rinviato al suo paese ove si pretendeva avesse commesso il reato.

O si trattava di un *crimine* commesso da uno straniero a pregiudizio di un francese, i tribunali di Francia non avevano giurisdizione se non dal momento in cui quello straniero era arrestato sul territorio francese, che un francese avesse denunziato il *delitto*, e le prove potessero esser facilmente raccolte (e).

(a) Ma i reati pei quali si esige denuncia o querela di parte? Sono un'eccezione, dice l'autore, e si riserva di trattarne altrove.

(b) Statuto di Francia 1830 (Carta) art. 1, 16, Costituz. belg., art. 63, Codice civile (franc.) art. 3.

(c) A moins que le coupable ne fût venu s'y refugier — perchè rifugiarsi? Questa intenzione era indifferente, bastava essere colla persona sul territorio dello Stato.

(d) Erano condizioni copulative?

(e) Nello stesso periodo l'autore ha detto in principio *crime*, poi *délit*. Questa teoria era ammessa anche pei *delitti?* (JOUSSE, t. 1, p. 422. *Nouveau Denisart*, IV, *délit*, § 4, n. 5).

O si trattava di un crimine commesso da un francese contro uno straniero, i tribunali di Francia potevano conoscerne.

O si trattava finalmente di un reato commesso da un francese a danno di un altro francese; ovvero di reato di maestà e falsa moneta, la giurisdizione dei tribunali francesi era incontestabile.

Francese è quello che non ha rinunciato alla sua qualità di francese e rimane soggetto alle leggi del suo paese.

Invece l'art. 11 del Codice, 3 brumaire anno IV, ha detto « Tout français qui se serait rendu coupable hors le territoire de la république d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive et infamante, est jugé et puni en France lorsque il y est arrêté ».

Perciò esclusi i delitti portanti semplicemente pena correzionale.

L'art. 12 traeva alla giurisdizione dei tribunali francesi gli stranieri che falsano la moneta, o la carta moneta dello Stato.

L'art. 13 dichiarando che *i delitti* d'altra natura (*a*) commessi da stranieri in territorio estero, non son colpiti dalla giustizia francese, eccettuati quelli che sono considerati come lesivi delle persone e delle proprietà; i quali possono esser puniti coll'esilio dei loro autori dal territorio di Francia, sino alla loro giustificazione avanti tribunal competente.

Ora questa materia è regolata dagli articoli 5, 6, 7, del *Code d'instruction* (60, 61).

32. Proseguirò la rivista con sommarie enunciative, formando questo interessante articolo di diritto speciale soggetto di esame nel mio libro ai luoghi opportuni. Il principio della giurisdizione territoriale ha acquistato la prevalenza che gli competeva nel nuovo sistema. *Le leggi criminali sono essenzialmente territoriali*, perchè nel territorio stesso è la ragione del reprimere il disordine che si apporta il reato. Ma vi hanno delle eccezioni assai fondate. Vi sono degli attentati che minacciano la sicurezza di tutti gli Stati; la loro riprovazione è nell'interesse generale. Quanto al francese che delinque contro un altro francese, si rientra nella regola, può dirsi, poichè evidentemente colui ha violata la legge del proprio paese (62).

33. Esamina le due eccezioni.

(*a*) Che non sono di falsa moneta. Evidentemente la parola *délict*, usata dall'articolo, significa *crimini*, o almeno reati in genere in cui si comprendono *i crimini*.

La falsificazione della moneta, della carta nazionale, del sigillo dello Stato è tale reato che compromette la esistenza medesima dello Stato, che avendo diritto di fare tutto ciò che alla propria conservazione è necessario, per conseguente può punire il reato (63).

Si osserva che in questo caso non è condizione indispensabile che l'accusato sia arrestato in Francia (*a*).

Per ciò che riguarda lo straniero che si rese colpevole del reato sopra indicato, la legge penale del territorio lo colpisce (*b*), ma lo colpisce quando colui sarà venuto sul suolo francese e sia stato consegnato per via di estradizione (*c*) (63, 64).

(*a*) Ne segue che può esser giudicato comecchè assente, e condannato in contumacia.

(*b*) È manifesto che la legge penale nelle applicazioni che si vengono rammentando entra nella sfera del diritto pubblico, senza acquistare però il carattere d'internazionale.

(*c*) Dopo ciò quel sistema è sì magistralmente descritto in una decisione della Cassazione di Francia del 2 giugno 1825, che non posso tenermi dal trascriverla come fece l'autore, formando in vero il complemento di questa esposizione dottrinale. Se non che debbo avvertire che non è vero che la decisione sia *non imprimé*, così egli dice. Essa si trova stampata nel *Journal du palais*, t. XIX, p. 541. Un francese era processato per tentativo d'assassinio con furto consumato sul territorio spagnuolo in complicità con tre Spagnuoli contro un Francese che ne aveva portato querela. I tre Spagnuoli furono arrestati in Francia, ma la Corte reale, sezione delle accuse, si dichiarò incompetente sul ricorso del pubblico Ministero; la Corte suprema, approvando la decisione, osservò « attendu que la jurisdiction de chaque Etat est nécessairement bornée par les limites du territoire; que les lois françaises n'admettent *que deux exceptions* à cette règle savoir : lorsqu'il s'agit des crimes, attentatoires à la sûreté de l'Etat de contrafaçon du sceau de l'Etat do monnaies nationales ayant cours de billets de banque autorisés par la lois, ou de crimes commis par des Français contre des Français; que dans la premier de ces hypothèses, le droit de la légitime défense et de sa propre conservation *proroge la jurisdiction de chaque* souverain sur les étrangers qui rentrent dans leurs territoires, après avoir commis hors de ce territoire le crime prevu par l'art. 5, du Cod. d'istruct; que la deuxième est la consequence de ce principe de droit public que les français qui voyagent ou habitent en pays étranger, quoique il soient sujets à temps du souverain dans les états duquel ils se trouvent, ne cessent pas pour cela d'être sujets du roi de France, et comme tels, protégés par la loi françaiso; d'ou il suit qu'ils demeurent justiciables des tribunaux français lorsque ils rentrent en France, quand ils ont violé les lois en attentant à la sûreté ou à la propriété des leurs compatriotes, quelque soit le lieu ou le crime a été commis; que de lors l'arrêt attaqué, *en jugeant que des Espagnols qui ont attaqué des Français sur le territoire espagnol, ne sont pas*

34. Il reato di falsificazione dei sigilli dello Stato, delle monete, è consumato e assoggetta il colpevole alla legge penale, indipendentemente dal contraccolpo, per dir così, che possa avere nello Stato, ossia dal danno effettivo che lo Stato o i cittadini dello Stato ne abbiano sentito (a). Il Consiglio di Stato nella seduta del 13 settembre 1804, rigettò con ragione l'emendamento di Cambacères « tendant à ne donner d'effet a l'artic. 6, qui autant, qu'il y a eu commencement d'exécution en France » (65, 66).

35. L'azione pubblica si esercita contro uomini di mare, stranieri, che commettono reati a bordo delle loro navi in un porto, in una rada, in una baia francese.

Ecco dei principii stabiliti dal Consiglio di Stato (28 ottobre e 20 novembre 1806).

1° Che una nave neutra non può essere indefinitamente considerata come luogo neutro; e che la protezione che le è accordata nei porti francesi, non potrebbe esautorare la giurisdizione territoriale per tutto ciò che riguarda gl'interessi dello Stato;

2° Che viene da ciò, la nave neutra ammessa nei porti dello Stato essere di pieno diritto soggetta alle leggi di polizia che governano il luogo;

3° Che gli uomini dell'equipaggio sono senza meno giudicabili dai tribunali del luogo pei reati che commettono anche a bordo contro persone estranee all'equipaggio, come lo sono egualmente in ordine alle convenzioni civili che potrebbero stringere con esse;

4° Fin qui la giurisdizione territoriale è incontestabile; ma altro è a dirne rispetto ai reati che si commettono a bordo di una nave neutra per parte di uno della ciurma (*équipage*) verso altro individuo della medesima;

5° Che in tal caso, devono rispettarsi i diritti della potenza neutra come si *trattasse della disciplina interiore della nave* nella quale l'autorità locale non deve punto ingerirsi, qualora il suo soccorso non sia invocato, o non sia compromessa la libertà del porto (67).

36. Al principio che le leggi criminali sono essenzialmente ter-

*justiciables des tribunaux français quand ils sont arrêtés en France, lors même qu'ils auraient des complices français qui seraient justiciables de ces tribunaux, n'a ni méconnu les règles de sa competence ni violé aucune disposition de loi* ».

(a) *Avoir de suite*, la frase mi sembra non voglia dire che questo.

ritoriali, al principio che lo Stato (*a*) al quale *appartiene essenzialmente il diritto di punire* è quello a cui danni fu l'ordine turbato. Esso risulta dall'art. 7 del Codice di procedura penale. « Tout français qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, *d'un crime contre un français*, pourra, a son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a été poursuivi et jugé en pays étranger et si le français offensé rend plaint contre lui ».

È chiaro che la sanzione non si estende al reato di un francese commesso in territorio estero contro cittadino di Stato estero (69).

O il francese che subì in paese straniero un giudizio criminale sia stato condannato, ovvero assolto, è tolto ai tribunali nazionali ripetere il giudizio, per qualunque causa o pretesto tornare mai più sulla questione decisa (*b*). E questo il vero senso dell'indicato art. (70).

37. Si esige la querela del nazionale offeso. Basta la querela: non occorre si costituisca parte civile (*c*).

Alla facoltà della querela è congiunta quella della desistenza; e l'effetto della desistenza si è di far cessare il giudizio penale. Il Ministero pubblico ne dipende: ritirata la querela non può sostenere il procedimento intentato. Perchè mai? Perchè siamo in caso in cui *la querela*, e solo la querela, porge fondamento alla competenza del pubblico Ministero e dei tribunali francesi. Notevole differenza: il pubblico Ministero non ha un potere proprio e sostanziale a perse-

(*a*) *La puissance*, è ordinariamente la frase di Mangin. Cittadini d'uno Stato sono per lui *sujets*. Queste forme, in apparenza inconcludenti, danno indizio del ristretto orizzonte di libertà in cui si vedevano le cose.

(*b*) Carnot ritiene che se un francese, condannato in paese straniero, si è rifugiato in Francia per isfuggire alle conseguenze della condanna, la sentenza non potrebb'essere eseguita in Francia, nè questo difetto d'esecuzione potrebbe antorizzare una nuova procedura. Mangin si associa a questa opinione. Quanto alle riparazioni civili ottenute dal nazionale contro il suo offensore, deve rendersi esecutorio il titolo nei modi di legge. (V. Decisione della Cassaz. franc. 19 aprile 1819, Tour. de Palais. La decisione si trova nel L. XV, della Collez., ediz. *Patris proprietaire*, Paris 1839, pag. 221, Att. Holker c. Parker). Decisione notevole anche per il commento che vi hanno fatto i giureconsulti del giornale *du Palais*.

(*c*) Se il francese che subì la offesa, n'è anche morto, la querela può farsi *dai suoi parenti* comechè non eredi. In questo caso « le droit de plainte est nécessairement transmis à tous les individus de la famille du défunt, non par droit d'hérédité, mais par droit d'affection puor la personne décédée de mort violente » Arrêt 17, août 1832. Nota dell'autore.

guire i reati commessi fuori del territorio ; esso lo riceve dalla querela, ed è una eccezione. All'incontro quando si tratta di procedere contro i reati commessi nel territorio, il pubblico Ministero ha un potere fondato nel diritto ; se qualche volta ha per condizione una querela, è mera eccezione ; avverata che sia, non ci vuol altro ; il pubblico Ministero continua i suoi atti, la desistenza non può più arrestarlo ( 70 ).

38. Un francese, incaricato di una missione diplomatica presso una Corte straniera, che in un fatto relativo alle proprie funzioni commette un reato, non si considera come vivente in estranio paese ; esso, benchè assente, è in Francia, è sempre presente. Tale è l'ambasciadore, l'incaricato d'affari, ecc. La difficoltà che s'incontra in altri casi, qui non appare ( 71 ).

39. I tribunali francesi sono competenti a giudicare reati cominciati nel territorio nazionale e consumati in altro Stato : ma quando è che vi ha un principio di reato abbastanza espresso per costituire la giurisdizione ?

L'autore intorno a ciò si propone un dubbio. Dopo diversi esempi, che d'altra parte non sono difficili a concepire, nei quali si vede un reato preparato in paese e consumato fuori, o preparato nell'estero è venuto a toccare il nostro suolo nella sua esecuzione, in un modo qualunque, si domanda che debba dirsi quando i fatti di preparazione e di esecuzione, considerati per se stessi, non sono azioni punibili in faccia alle leggi del paese, quantunque si connettano ad una azione delittuosa che nel suo complesso è un reato sì per leggi nostre che per quelle del luogo ove ebbe la sua vera e maggiore manifestazione ? Eccone un esempio. Un furto è stato commesso in paese straniero ; gli oggetti furtivi vennero a vendersi in Francia. Il fatto di vendere dei mobili è per se stesso indifferente ; i tribunali nazionali non potrebbero punire questo fatto indifferente, senza combinarlo con un reato, e con un reato commesso in estero Stato, e senza decidere colle leggi di quello Stato, perciocchè non si potrebbero le nostre applicare a un fatto che per noi non sarebbe un reato, e al postutto farci paladini, vendicatori di un'offesa che noi, non già, ma il principe di un altro Stato ha sostenuta.

Come si dovrebbe risolvere? In quella guisa che il Parlamento di Parigi nel 25 marzo 1782 risolveva in un affare nel quale in paese straniero si era commesso un ratto, e la persona rapita era stata

portata in Francia. Che vi era per noi? La presenza di una persona. Vi sta essa di buon grado, e fu levata per forza dal suo paese? Ciò non ci riguarda (72).

40. L'azione civile per la rifazione dei danni sofferti in conseguenza di reati commessi all'estero, ha meno impacci. Vi è l'art. 14 del Codice civile. Che uno straniero, non domiciliato in Francia, potrà essere citato avanti i tribunali francesi per le obbligazioni incontrate in paese straniero verso dei Francesi. Ecco un'obbligazione nascente da un fatto personale, da un delitto (73).

40 *bis*. *Dell'estradizione*. — È l'atto mediante il quale il Governo fa arrestare sul suo territorio un uomo prevenuto di un reato commesso al territorio di un altro Stato e ad esso, rispondendo alla sua domanda, lo consegna per gli effetti della giustizia.

La estradizione è un atto delle sovranità che può negarsi, e non si concede che con cognizione di causa.

Vi è però un fondo d'interesse legittimo che collega gli Stati di non lasciare impuniti gli enormi misfatti.

L'estradizione è un fatto di alta diplomazia: i tribunali vi sono estranei. Il procuratore generale corrisponde a quest'oggetto col Ministro che pesa la gravità dell'affare, a sollecitare, quando sia d'uopo, la consegna del malfattore.

È in nome della giustizia generale che si permette la estradizione dal capo dello Stato nel cui territorio il malfattore è rifugiato, nè bisognano stipulazioni o trattati anteriori: potere che è pure fra le prerogative reali e nelle facoltà del Governo, anche sotto le leggi costituzionali.

L'oggetto della estradizione è determinato; e l'individuo che si consegna non può subire giudizio per un fatto diverso (n. 74, 75, 76, 77).

Nel n. 78 Mangin esamina se i principii sui quali poggia il diritto della estradizione degli stranieri, siano applicabili ai regnicoli, che dopo aver commesso un reato sul territorio di un principe straniero, si rifugiano nel proprio e domanda a se stesso se il Governo francese abbia il potere (*a*) di arrestare il regnicolo, il francese, che ha commesso un reato nel territorio straniero, per consegnarlo alla potenza che lo reclama.

(*a*) Giuridico, non arbitrario, s'intende.

Per altro l'autore, che crede di dover risolvere effermativamente il suo quesito in confronto del diritto generale, incontrava tali limitazioni nella legislazione francese nel tempo in cui dettava il suo lavoro, da doverne fare una eccezione propria per il suo paese. Non lo seguiremo su questo terreno.

40 *ter*. Qui l'autore passa a discorrere della immunità degli ambasciatori, ordinarii o straordinarii, ministri plenipontenziarii, inviati, ecc., fondato, egli dice, nel diritto delle genti, e riportando un lungo tratto dal Montesquieu (*Esprit des lois*, *liv.* 26, *ch.* 21). La indipendenza del ministero che devono esercitare presso uno Stato estero in nome e rappresentanza del loro sovrano, si porge come fondamento precipuo del diritto d'immunità. Sfugge l'autore all'esame razionale di questo diritto, contento a rimettersene ai repertorii e a qualche positiva disposizione vigente in Francia (n. 79, 80).

Dice il n. 81, che *la indépendance dont jouissent les Ministres publics* si estende a tutti i domestici dell'ambasciadore, eccetto se francesi.

Nell'82 non essere accettabile ai tempi che corrono la dottrina di coloro che vorrebbero fare dell'abitazione degli ambasciadori un asilo inviolabile ai malfattori.

I consoli incaricati alla semplice protezione del commercio dei nazionali, non possono pretendere al privilegio degli ambasciadori (n. 81, 82).

41. L'autore viene ora a parlare dei funzionarii ai quali è affidato l'esercizio dell'azione pubblica della loro competenza generale, della loro gerarchia, della loro rappresentanza, della loro responsabilità (*a*).

42. L'art. 9 del Codice d'istruzione annovera fra gli ufficiali della polizia giudiziaria i procuratori del re e i loro sostituti; certo è però ch'essi non possono agire in tale qualità che in caso di flagrante reato (*b*) (85).

43. Il pieno esercizio dell'azione pubblica compete ai procuratori generali presso le Corti reati, articoli 45 e 47 della legge 20 aprile 1810.

E più propriamente ai procuratori generali ; gli altri funzionarii

(*a*) Letterale.

(*b*) Corrisponde alla nostra legge di procedura.

del Ministero pubblico, agenti presso i tribunali, non sono che loro sostituti sotto la loro sorveglianza e direzione (87, 88).

**44.** I procuratori del re hanno il carico di ricercare e promuovere le procedure contro i reati la cui cognizione appartiene ai tribunali di polizia correzionale e alle Corti d'assise (art. 29 e 30 Corte d'istruzione criminale).

Ricevono le querele e denuncie.

Ai procuratori del re si trasmettono le denuncie, i processi verbali, e altri atti di loro competenza dagli ufficiali di polizia.

Fuori del caso di flagrante, il giudice d'istruzione non può procedere se non è stato investito di giurisdizione dal procuratore del re (a) (89).

45. I tribunali correzionali sono investiti dell'azione pubblica coll'atto di citazione che si notifica al prevenuto che può anche interporre appello dalla loro sentenza.

La competenza loro si estende alle materie di semplice polizia; in effetto i tribunali correzionali possono pronunciare da queste materie quando nè il prevenuto nè la parte civile ne hanno chiesto il rinvio; è avanti codesti tribunali che si porta l'appello dalla sentenza dei magistrati di polizia.

Finalmente ad essi appartiene il designare fra i membri del Consiglio municipale di ogni Comune la persona che eseguirà la funzione di Ministero pubblico presso i tribunali di polizia, in caso d'impedimento (89).

46. Così i procuratori del re posseggono, nei limiti del loro distretto, *la plènitude de l'action publique* a persequire crimini e reati; *e partecipano* dell'esercizio di essa quando si tratta di procedere per contravvenzioni di polizia.

Ciò che conviene precisare si è che la delegazione dell'azione pubblica è fatta *direttamente* ad essi dalla legge; ne segue che loro appartiene *personalmente* (b) (90).

47. La dipendenza dei procuratori generali e dei funzionarii del-

(a) Il testo dice: « *aucun acte* de poursuite ne peut être fait par le juge d'instruction, s'il n'a été saisi par son réquisitoire ». Non può fare *alcun atto* deve intendersi come iniziale del processo.

(b) L'art. 42 del Decreto 6 luglio 1810 (franc.), che dichiara essere le funzion del pubblico Ministero *specialmente e personalmente affidate ai procuratori generali*, d'onde si sarebbe tentato di sostenere che i *procuratori del re* non fanno che

l'azione pubblica dal Ministero di giustizia non è che amministrativa; essa non influisce sulla validità dei loro atti.

Non è al Ministero della giustizia che appartiene l'azione pubblica. Esso può ingiungere che si spieghi l'azione: non mai impedirne l'esercizio (art. 274, *Codice d'istruzione criminale, Cassazione* 22 agosto 1821).

Le misure direttive o amministrative non acquistano il carattere degli atti e delle funzioni giudiziarie; nè il ministro della giustizia, nè il procuratore generale hanno tanta autorità di trasformare i loro fatti direttivi e amministrativi in operazioni di giustizia per per esonerare dalla personale loro responsabilità i funzionarii dell'ordine giudiziario che ne sono incaricati dalla legge (91).

48. Ai numeri 92, 93, e 94 l'autore avverte che i procuratori sostituiti non sono che organi del loro capo; ma si affretta a definire la natura di siffatta dipendenza che non è punto il sagrificio della convinzione, la servitù della coscienza.

Bisogna stabilire che la dipendenza degli ufficiali del pubblico Ministero verso il loro capo, si limita agli atti giudiziarii, agli atti d'istruzione che loro sono commessi, a quelli d'appello e simili; ma gli ufficiali del pubblico Ministero non possono essere costretti ad uniformare il giudicio della loro mente, e neppure le loro conclusioni alla volontà del procuratore generale. Così deve dirgli negli analoghi rapporti del procuratore generale verso il Ministero. Un procuratore generale potrà essere obbligato a interporre un appello per ordine del Ministro, ma non sarà obbligato a sostenerlo (a) (95).

49. Il vecchio adagio *tout juge est officier du Ministère public* non ha più applicazione; i giudicii non informano d'ufficio, non

*partecipare all'azione*, e che l'azione non appartiene *ad essi personalmente*, l'articolo 42, si diceva, riceve una spiegazione diversa da altre disposizioni del Codice d'istruzione criminale. Tale è la opinione dell'autore.

(a) Si sanno le opinioni dell'imperadore Napoleone I su questa materia. Egli più volte si espresse nulla discussione del Consiglio di Stato che il procuratore generale dovrebbe sommettersi agli ordini ricevuti; chè il procuratore generale non è che una parte e rappresenta il Governo. Aveva le sue idee: diceva che *nel letto di giustizia*, ove il re era presente ed aveva cognizione dell'affare, il procuratore generale concludeva come gli ordinava il re. Il gran giudice dava il buon esempio della sommissione che si deve alla volontà superiore: era un dogma per lui quello che per l'imperatore era un tratto del suo carattere.

fanno atti d'istruzione: basta vedere l'art. 1° del Codice di procedura penale (98).

50. La legge del 20 aprile 1810 e il Codice d'istruzione avevano creati dei *procuratori criminali*, sostituiti del procuratore generale; lo rappresentavano nei giudizii di Corti d'assise, esercitavano le funzioni di Ministero pubblico nelle cause d'appello correzionale; avevano la sorveglianza degli ufficiali della polizia giudiziaria del dipartimento nel quale risiedevano. Questo istituto scomparve alla legge 25 dicembre 1815. Ma l'amministrazione della giustizia ci ha scapitato quando per quella forma le funzioni del Ministero pubblico ad essi confidate, furono attribuite ai procuratori del re presso i tribunali di prima istanza dei capo-luoghi delle Corti d'assise; quando le funzioni di sorveglianza furono concentrate nel procuratore generale: quella catena di funzionarii costituiva una forza che venne così a dissolversi (a) (99).

51. Le funzioni di Ministero pubblico presso il giudice di pace, come tribunale di polizia, sono sostenute dal commissario di polizia del luogo ove siede il tribunale, sono sostenute dal *maire* (art. 144, Codice d'istruzione).

Le funzioni di Ministero pubblico presso i *maires* come giudici di polizia sono esercitate dai loro *aggiunti;* e nell'assenza dell'aggiunto, ovvero quando esso deve surrogare il *maire* quale giudice di polizia, il Ministero pubblico è rappresentato da un membro del Consiglio municipale, designato per un anno intiero dal procuratore del re (b) (101).

52. Gli ufficiali del Ministero pubblico presso i tribunali di polizia esercitano l'azione pubblica in ogni caso di contravvenzione di polizia di competenza dei tribunali presso i quali sono locati; ad essi gli ufficiali di polizia giudiziaria devono rimettere i processi verbali e ogni altro atto relativo alla contravvenzione: ma non possono intentare quest'azione in altro modo qualunque (c). Codice d'istruzione, art. 15, 20, 21.

53. A questo luogo, e in occasione di una sentenza di Cassazione che aveva proclamato con una applicazione nuova *la teoria della in-*

(a) **Non dividiamo il rammarico dell'autore. Del resto noi abbiamo questo medesimo sistema.**

(b) **Il nostro sistema è diverso e già noto, e non ha importanza nella trattazione.**

(c) **Testuale.**

*divisibilità del pubblico Ministero* (a), il Mangin con ragione negava che quegli agenti che hanno il Ministero pubblico presso i tribunali di polizia, siano *i sostituti* del procuratore del re del distretto. I procuratori del re sono affatto estranei ai tribunali di semplice polizia. Ne consegue che i procuratori del re non esercitano la pienezza dell'azione pubblica in materia di semplice polizia; ma solo vi partecipano nei limiti segnati dalla legge (102).

54. Il procuratore generale presso la Corte di cassazione, per quanto segga in altissimo grado, non possiede propriamente l'esercizio dell'azione pubblica, ma solo vi partecipa in casi determinati (b). Fuori dei quali casi egli non interviene che come *partie jointe:* conclude, non richiede (c).

Il procuratore generale presso la Cassazione non ha la direzione dell'azione pubblica: per altro secondo l'art. 84, del senato consulto del 16 termidoro anno X, egli deve sorvegliare i procuratori generali delle Corti d'appello. Nessun regolamento ne determina la portata e la forma: è un'alta e potente autorità che governa moralmente (d) (103).

55. Che è mai la indivisibilità del pubblico Ministero? Che le funzioni dei singoli membri del pubblico Ministero siano distinte e operative nei limiti della competenza rispettiva è fuori di dubbio, a quel postulato un solo senso può e deve attribuirsi. Significa *la unità* del pubblico Ministero nel rispetto amministrativo, un potere di direzione, ma sempre nei termini di una superiorità puramente morale, e senza lesione della individuale indipendenza degli esercenti le funzioni del pubblico Ministero in tutto ciò che tiene alla ragione interna, alla coscienza (e) (105).

56. L'autore esalta la istituzione dei procuratori generali; considera che le leggi penali onde ottengano quella salutare efficacia

(a) Arrêt, 27, août 1825. Id 19 sept. 1834.

(b) Art. 485 e seg., art. 443 e seg. del Codice d'istruz. crimin. franc.

(c) S'intende non richiede atti di procedura: ma, concludendo, richiede che sia emessa quella risoluzione che crede di giustizia.

(d) Non altrimenti presso di noi.

(e) Nella influenza coattiva si cangerebbe la direzione dei procuratori generali in una dittatura militare; e la obbedienza passiva dei funzionarii inferiori non sarebbe più che una disciplina presso a poco dello stesso genere. Su questo argomento V. § XLIII, dell'opera.

di cui sono capaci, hanno d'uopo di scendere al campo dell'azione e di essere messe in esercizio da mani ferme e robuste, da magistrati attivi ed intrepidi; e nulla di più vero. E però nell'interesse della giustizia che simili podestà siano poste immediatamente sotto la mano del Governo, non per imporre la sua azione, ma perchè con lui direttamente corrispondano i procuratori generali che devono illuminarlo sul vero stato delle cose (a) (106).

57. I tre §§ seguenti sono ugualmente dedicati a descrivere le facoltà e i doveri dei procuratori generali. Il § 107 parla delle notizie ed informazioni degl'importanti affari criminali, e con quali organi si trasmettono al procurator generale. Nel § 108, si esortano i procuratori generali a ritirare dai giudici istruttori un conto settimanale delle loro operazioni. Nel 109, si ricordano le disposizioni per le quali entro quindici giorni dalle pronuncie correzionali, i procuratori del re devono trasmettere ai procuratori generali un estratto della decisione. Nel 110, si eccitano i procuratori generali a non isdegnare i piccoli affari di polizia ma di estendere sovra essi la loro benefica potenza, ecc. (107 a 112).

58. Si traccia con isplendide frasi l'ufficio del procuratore del re; se ne mostra la importanza (113).

59. Gli ufficiali del pubblico Ministero sono indipendenti dai tribunali. La ragione di questa indipendenza è collocata dall'autore nella dipendenza ch'essi hanno invece dal governo del re. L'autore sta ancora alle dottrine del cancelliere d'Aguesseau. Riporterò questo brano trascrivendolo: mi riesce interessante per ciò che dirò a suo luogo. « Il y a des règles d'ordre public, que le roi ne doit pas permettre aux officiers qui agissent en son nom, de negliger dans l'exercice de leur ministère: la principale de ces règles est que *c'est a sa Majestè seule qu'il* appartient de leur en prescrire dans tout ce qui regarde leurs fonctions et qui peut intéresser le bien de son service; il ne dépendent point a cet égard des compagnies auprès desquelles ils remplissent les devoirs de l'office public, et elles ne peuvent faire aucun règlement sur la ma-

(a) **Questo concetto dell'autore è irreprensibile, ed è in fine la sostanza di questo lungo § che più avanti si abbandona a quel linguaggio alquanto esagerato e quasi poetico con cui i Francesi solevano tempo addietro trattare il presente argomento.**

nière dont il sont obligés de s'en aquitter » (lettre 21 juin 1731).

Ma si viene a tempi meno lontani. La legislazione del 20 aprile 1810, art. 60, sottrae gli ufficiali del pubblico Ministero ad ogni censura dei tribunali e delle Corti. Sino il potere di redarguizione è tolto (a) (114, 115, 116).

60. Sulla ricusabilità del pubblico Ministero l'autore osserva, che non essendo regolata da veruna legge in materia criminale, è d' uopo riportarsi alle disposizioni del Codice di procedura civile, art. 381. Le cause di ricusa sono per questo articolo fatte comuni ai giudici e al Ministero pubblico, quando è parte aggiunta (*partie jointe*) ma quando è parte principale non è ricusabile (117).

61. *Della responsabilità del pubblico Ministero.*

Non risponde degli errori purchè non siano, diciamo la parola, bestiali (b). Ma proseguendo il §, l'autore combatte la responsabilità dell'errore. Da quest'accusa è preservato anche il denunciatore allorchè è vestito della qualità di pubblico funzionario (118).

62. Descrive il sistema di penalità osservato in questi casi nella legislazione francese. Numera le cause della *prise à partie.* Pensa che quantunque stanziate a reprimere le colpe dei giudici, tali disposizioni abbiano ad estendersi agli ufficiali del pubblico Ministero (119).

63. *L'azione civile.*

L'azione civile deve avere per fondamento un fatto punito dalla legge: ciò è che costituisce la competenza penale: essa non può essere invocata puramente e semplicemente per la riparazione di un danno (122).

L'altro indispensabile requisito è il danno: il danno personale. Si deve avere *un interesse diretto* (c).

(a) Esempio strano ma atto a mostrare sino a quali limiti si può spingere questa specie d'inviolabilità del pubblico Ministero si è l'essersi cassato *un considerando* o motivo di una sentenza di Corte d'appello alla quale erano sfuggite queste parole, il pubblico Ministero « paraissait avoir méconnu dans le cause ses droits et ses obligations » Arrêt du 8 dec. 1826. Un altro esempio grave riferito dal Mangin è la decisione del 24 sett. 1824.

(b) ... A moins que les erreurs n'aient un caractère d'inconsidération tel qu'on ne doit pas l'excuser dans un homme qui s'est chargé d'une fonction aussi rédoutable.

(c) Un intérêt direct et un droit actuel peuvent seuls servir de base a une intervention civile. Arr. 29 août 1834, — riferito dal Mangin.

Carattere del danno è la sua realtà e attualità: non un pericolo, un timore, una possibilità urgente (123).

64. Si può portar querela e domandar riparazione contro i reati commessi a danno di persone che sono nella nostra podestà: e questo perchè noi rappresentiamo l'individuo leso, non per l'interesse indiretto che possiamo avervi, ed operiamo in nome di lui e non già in nostro nome. Ma appresso ci conforta il vedere corretta l'austera giurisprudenza, e data la facoltà della querela in nome proprio al padre, al marito, per cause che interessano l'onore e ricadono perciò in loro danno morale (a) (124).

65. L'azione civile non può esercitarsi da chi non è di suo diritto, o dal suo legittimo rappresentante. La donna maritata, per es., ha bisogno dell'autorizzazione del marito (125).

66. Lo straniero deve dar cauzione, articolo 16 del Codice civile (b) (125).

67. I creditori, nei casi ove la legge li autorizza ad esercitare i diritti e azioni dei loro debitori (Codice civ. franc., art. 1166), e nei casi in cui questi sono ammessi ad attaccare nel loro nome personale gli atti fatti da codesti debitori in frode dei loro diritti, possono porger querela e costituirsi parti civili se quegli atti sono delitti, art. 588 Codice di commercio francese, 589, 590, 595 del Codice civile.

In materia di *bancarotta semplice* un creditore può separarsi dalla massa, costituirsi parte dolente e civile contro il fallito (art. 588, 589, 590 del detto Codice) (c). Ma deve dirsi ugualmente quando vi ha procedura criminale contro il fallito per titolo di bancarotta dolosa promossa dal pubblico Ministero? Una decisione della Corte di Cassazione (franc.) dichiarò, che uno o più creditori non potevano segregarsi dal consorzio e venire a contendere con veste di parte civile, e quindi nel loro individuale interesse, in una causa di bancarotta fraudolenta. La Cassazione approvando i motivi pro-

(a) L'autore pensa che la sola ragione che un reato è stato commesso contro il servitore che eseguiva gli ordini del padrone o le sue ordinarie incombenze, non basta perchè il padrone possa mandare avanti la querela in proprio nome; deve averne sentito un danno reale. Ovvero, il reato comprometta o tenda a compromettere il suo proprio interesse, Arr. 26 vendem. an. XIII.

(b) Essendo attore.

(c) Vedi però ciò che si dice nel seguito di questo numero.

posti dal fallito, venne chiaramente a significare, 1° che l'art. 595 del Codice di commercio non autorizza i creditori che a fare *delle denuncie* e non a vestire qualità di parte civile; 2° che per l'articolo 600, le azioni civili rimangono separate dall'azione criminale; 3° che in un fallimento la sorte dei creditori dev'essere una; che per conseguenza, non potendo un creditore ottenere veruna riparazione civile per sè, non può segregarsi dalla massa per fare un processo a proprio conto contro il fallito (Arr. 24 nov. 1820).

L'autore non si mostra convinto di questa decisione, o piuttosto dei fondamenti sui quali si appoggia. L'art. 600 nulla prova nella specialità della bancarotta fraudolenta, mentre non è soltanto nella bancarotta fraudolenta, ma altresì nella bancarotta semplice, che le azioni civili devono intendersi separate dall'azione pubblica, cosicchè le condizioni giuridiche in amendue le specie corrono del pari.

Non è più concludente l'argomento che si fonda sopra l'art. 595. Ivi è posto, che il giudizio di bancarotta fraudolenta si promuove dai procnratori del rę sulle denuncie sia dei sindaci sia dei creditori, mentre per gli articoli 588, 589, e 590, la bancarotta semplice è giudicata dai tribunali correzionali « sur la demando ou la poursuite de tout créancier du fallit ». È una differenza che nasce dalla diversa natura dei due giudizii, e non prova a favore del sistema della Corte di cassazione. Perchè mai in soggetto di bancarotta semplice, un creditore è ammesso a far atti di processo penale contro il fallito mentre non può chiedergli delle riparazioni civili? Quale è lo scopo della legge così disponente? Vi ha un interesse legittimo che si vuol conservato, e sta nel togliere al fallito il vantaggio di un concordato che potrebbe ottenere dalla maggioranza de'suoi creditori. Ebbene: questo interesse esiste o vi abbia bancarotta semplice o dolosa: perchè nel primo caso si permetterà al singolo creditore il potere agire e non nel secondo? (126).

68. *Eredi.*

L'azione civile può essere esercitata dagli eredi della parte lesa o danneggiata, eccettochè l'offesa non gli sia talmente personale da non poterla trasmettere giuridicamente ai proprii eredi. Esempio: una leggera ingiuria (*Inst.*, *lib.* 4, *tit.* 12, § 1). « Excepta injuriarum actione et si qua alia similis inveniatur ».

Nondimeno per quanto la ingiuria sia lieve, una volta intentata l'azione, passa negli eredi (*Inst. lib.* 4, *tit.* 12, § 1) (127).

69. L'azione civile pei danni e interessi che appartiene ad ognuno che fu vittima di un reato, può essere ceduta. Lo stesso cessionario può intentarla. Ma la querela suonerà in nome del leso, essendo atto inseparabile dalla persona di lui; il cessionario non agirà in tale qualità, ma come mandatario in virtù di speciale mandato. L'autore crede che la somma della indennità non possa oltrepassare il prezzo della cessione (128).

70. Le cause che sospendono l'esercizio dell'azione pubblica derivano; 1° dalla natura dei fatti costituenti la prevenzione; 2° dalla qualità delle persone che ne sono l'oggetto; 3° dai conflitti che si sollevano dall'autorità amministrativa (129).

71. Le cause che derivano dalla natura dei fatti costituenti la prevenzione, agiscono o sull'azione pubblica o sulla civile separatamente, o sopra amendue.

L'azione pubblica è sospesa quando ha per oggetto dei delitti che non possono perseguitarsi senza querela della parte lesa.

L'azione civile è sospesa quando intentata simultaneamente all'azione pubblica, è stata proposta avanti a giudici diversi da quelli dell'azione pubblica.

L'azione pubblica e l'azione civile sono sospese quando entrambe dipendono da una questione pregiudiziale (130).

72. Regola generale, che l'azione pubblica può esercitarsi senza impulso della parte lesa; la legge solo può limitarla.

E dove la legge, limitando la regola, ordina la querela, data la querela, l'azione pubblica si rialza in tutta la sua indipendenza, e la desistenza non basta ad arrestarne il corso.

Se non fosse così, dovrebbe concludersi che la querela è la causa efficiente (*principio*) dell'azione pubblica, mentre non può considerarsi che mera eccezione: sendochè la causa dell'azione risiede nel principio stesso d'indipendenza del pubblico Ministero che può perseguire d'ufficio ogni reato (131).

73. L'autore, messo una volta sulla via di giustificare la legge francese, fa forza di logica per amplificarne il dominio. Il Carnot, aveva detto una cosa semplicissima, che non potendo l'azione pubblica spiegarsi che appresso la querela di parte, fosse mestieri una provocazione formale del giudizio penale: quindi è che se la parte lesa fosse contenta al promuovere l'azione civile, il pubblico Ministero non potrebbe per parte sua promuovere l'azione pubblica.

No, risponde Mangin, se il Ministero pubblico tace sino al richiamo del leso, si suppone che non esista il reato sino a quel momento, o che la parte ami piuttosto di soffrire in silenzio che esporsi alle conseguenze non rare volte pericolose di un solenne giudizio. Ma tostochè la parte lesa (supponiamo da delitto di diffamazione o d'adulterio) agisce civilmente pei danni e interessi, ecco sorgere in tutta la sua forza l'azione pubblica che la legge tiene silenziosa, in riserbo, fino al momento in cui la parte privata abbia promossa l'azione propria.

Nel senso della legge vi ha dunque denuncia, querela, allorchè si domanda una riparazione; si domandi ai tribunali criminali o ai civili, ciò poco importa (132).

74. Qui si vengono annoverando i reati *dont la poursuivite est subordonnée à la plainte des parties lésées.*

1° L'adulterio (n. 133, 134, 135, 136).

Il marito può desistere dalla querela e arrestare e render vano il giudizio penale da lui intentato.

Ciò è speciale, dice Mangin, al caso dell'adulterio adducendo quelle ragioni che sono note. Gli elementi del reato d'adulterio sono caratteristici, e se ne forma una condizione di cose *sui generis*, impossibile a riprodursi. Questa nota caratteristica dell'adulterio e il conflitto vero od apparente che vi si scorge fra il bene morale, l'ordine sociale, e l'oggetto generale della penalità, presenta una combinazione che ogni legislazione ha dovuto esaminare ed apprezzare. Tuttavia, sotto l'impressione della teoria che regola l'azione pubblica in Francia, ecco dei ragionamenti di cui è necessario tener conto.

Diceva Favard de Langlade (*Repert. de la nouvelle législation*, v° *Minist. public.*, p. 572). « Poichè il marito ha denunciato l'adulterio della moglie, può arrestare il corso dell'azione pubblica? La risposta affermativa ci sembra suggerita dall'articolo 557 del Codice penale; mentre se questo articolo permette al marito di interrompere gli effetti di *una condanna già pronunciata*, a maggior ragione si dee credere, potersi troncare una procedura che mira alla condanna. Eppure simile conclusione non sarebbe giusta, soggiunge il Favard; imperocchè se mi date già proferita la condanna, lo scandalo è nato e l'oltraggio dei sacri doveri maritali è punito; la società è soddisfatta. La legge autorizza il perdono del marito,

è il rappaciarsi degli sposi è sempre cosa buona. Ma *quando l'azione del Ministero pubblico* è stata messa in movimento dalla querela del marito, libera, autonoma (a), non può più essere subordinata *alla volontà, ai capricci di lui*. Dal punto che la querela è stata portata avanti i magistrati, *la società dev'esser soddisfatta*, e non può esserlo che per un giudizio solenne sulla presentata querela: al marito il perdonare, quando gli piaccia, alla moglie ».

Tale dottrina fu in realtà consacrata dalla Corte di Cassazione, *arrêt 22 août* 1816.

Fortunatamente questa giurisprudenza si è venuta modificando nel corso di alcuni anni. Il Mangin ci trascrive intera la decisione del 7 agosto 1823, che ne preparò delle altre « ... l'action du Ministère public cesse même d'avoir un caractère légal, *lorsque, pendant les poursuites, le mari retire la dénunciation par une déclaration formelle*, ou lorsqu'il en anéantit l'effet par un pardon ou par une réconciliation résultant de circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux » (136).

75. La desistenza del marito estingue la procedura eziandio rispetto al complice (137).

Se non che, dopo la definitiva condanna della moglie, il perdono del marito non giova al complice, sia che costui si trovi di già definitivamente condannato, o abbia appellato da condanna subita in prima istanza (138).

76. Che il marito non possa denunciare il complice della moglie, senza denunciare anche costei, è cosa certa. Ma se il marito denunciò la moglie senza indicare il complice, il Ministero pubblico può inquirere di esso e procedere?

La risposta che dà l'autore al quesito, è quella che vi dà la giurisprudenza francese; è affermativa.

Il motivo è il seguente: È nel solo interesse degli sposi, nell'interesse del decoro e della pace domestica, che l'esercizio dell'azione pubblica soggiace alla querela. Oltre queste cause, rivelata l'onta, il Ministero pubblico non ha più ostacolo (b) (138).

(a) Questo è senza dubbio il concetto espresso così: *elle, l'action, cesse d'être enchainée.*

(b) Queste idee si vengono modificando dalla civiltà, come si vedrà a suo luogo. Ad esprimere una idea anche più arretrata, valga il seguente passo (nouveau Denisart, t. 1°, p. 288). « O ne lui pas permis (al marito) de borner son accusation à

77. Sono interessanti, a compimento di una teoria che noi dovremo esaminare, le seguenti considerazioni di Mangin.

Qualunque siano le prerogative che la legge accorda al marito offeso, non sarà mai che l'azione pubblica contro la moglie e il complice al suo dominio appartenga. Egli è una parte; sempre una parte; la parte querelante e non più; *è sempre in nome della società* ch'egli dà moto all'azione pubblica.

Ecco delle conseguenze: 1° non esser necessario che il marito figuri *come parte;* dopo la denuncia il pubblico Ministero liberamente e per proprio diritto continua il processo; 2° se il marito si costituisce parte civile contro le sentenze nate in seguito delle sue denuncie, è una parte civile come un'altra; e non ha punto virtù di mantenere in vita l'azione pubblica che si estingue o si è estinta, se nei casi ordinarii e nei principii generali della procedura non le sia concesso. Se un tribunale correzionale pronunciò l'assoluzione della donna, l'appello del marito, non sostenuto da quello del pubblico Ministero, non avrebbe effetto per riformare il giudizio della pena.

Tuttavia una eccezione notevole, anche perchè adottata da un giureconsulto celebre, è la seguente.

La Corte R. di Parigi, nel 17 gennaio 1823, decise che sul solo appello del marito poteva pronunziarsi la pena, e produsse la ragione che segue. « L'azione di adulterio, per lo art. 336, del Codice penale *è cosa esclusivamente del marito; il pubblico Ministero non è che parte aggiunta* (partie jointe).

Il Merlin accettò questa dottrina. Le pene contro la moglie adultera, egli ha detto, *ne sont prononcées qu'en faveur du mari*. Mangin nega recisamente la proposizione. Ogni pena è comminata nell'interesse generale. Onde al solo pubblico funzionario è lecito chiederne l'applicazione. Egli è dunque parte principale (139, 140).

78. La morte del marito, sopravvenuta alla querela ma prima del giudizio, estingue l'azione d'adulterio?

Carnot scioglie in modo affermativo il grave quesito. « Se è vero che l'adulterio sia *meno un delitto contro la società che contro il*

la personne du complice de sa femme, parce que l'adultère étant le crime des deux personnes, il est juste que celui à qui on donne le droit de le poursuivre *soit obligé* de le poursuivre en entier ».

*marito*, non è dubbio che alla morte del marito deve aver fine la iniziata procedura. *Nell'interesse del buon costume*, si deve presumere che se la vita gli fosse durata, il marito avrebbe spontaneo receduto dalla poco prudente querela » dopo ciò dice che non può venire in considerazione l'interesse che avrebbero gli eredi di far condannare la femmina adultera (Comment. all'art. 337).

Il Mangin taglia corto alla obbiezione del Carnot. Appena lanciata la querela, il pubblico Ministero s'impadronisce dell'azione e la tiene in suo dominio. Checchè possa, voglia o non voglia fare il dolente, dopo quell'istante, niente importa. Del resto non si associa alla più presunzione del Carnot; se il marito iniziò la querela e vi perdurò sino alla morte, si può forse argomentare da tutto ciò l'animo di rinunziarvi? (141).

79. L'adulterio del marito, che le nostre leggi puniscono, non era contemplato dalla L. Giulia. La compensazione degli adulterii si ammette secondo il Carnot: nel che non convengono Merlin e Mangin (143, 144).

80. (2° *Ratto di minori*, art. 357, Codice penale francese) « Dans le cas ou le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevé, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura être prononcée ».

Nella ipotesi del pronunciato annullamento del matrimonio, il procedimento è forse subordinato alla denuncia dei parenti che lo hanno fatto pronunciare?

L'autore ha riflettuto; e riflettendo ha concluso che ciò non è necessario; che mente della legge fu di subordinare l'esercizio dell'azione pubblica al solo fatto dell'annullamento del matrimonio.

L'autore illuminato dalle osservazioni fatte da qualche oratore del corpo legislativo, crede di aver ben compreso lo spirito della legge. L'azione pubblica dipende nel suo esercizio dalla esistenza del matrimonio. Se il colpevole non è più coperto da questa difesa, che altro si aspetta? Perchè l'azione pubblica dovrà ancora sottostare alla denuncia delle parti che hanno fatto annullare il matrimonio? Temete lo scandalo? (Legraverend). Voi temete lo scandalo dopo il rumore di quella lite che finì colla nullità del matrimonio? Non vi sarebbe alcuna ragione per negare al pubblico Ministero questo diritto (145).

81. Legraverend crede che le sole persone che hanno fatta istanza

per l'annullamento abbiano qualità a querelare il rapitore. Ma se il matrimonio fosse stato annullato per istanza dello stesso pubblico Ministero, pensa il Legraverend potersi ammettere a dare la querela quei parenti che avrebbero avuto grado e avrebbero potuto aprire l'azione di nullità. La diligenza del pubblico Ministero non deve aver pregiudicato l'interesse della parentela della rapita. Il Mangin ne conviene; ma ne deduce la conseguenza che non deve poi restringersi ai soli parenti che hanno reclamata la nullità, il diritto della querela: imperocchè se la diligenza del pubblico Ministero non pregiudica a quei parenti che hanno fatto istanza per la nullità, a pari ragione la diligenza di alcuni fra i parenti non dee nuocere agli altri (146).

82. Qualunque sistema voglia seguirsi, è manifesto che la quistione della validità o invalidità del matrimonio non cessa di essere una questione pregiudiziale da decidersi preliminarmente dai tribunali civili (147).

83. I delitti dei pubblici fornitori non possono essere perseguiti che a denuncia del Governo (a) (n. 148).

84. 4°. Nel caso di offese e ingiurie contro il Parlamento con uno dei mezzi mentovati nella L. del 17 gennaio 1819, la Camera, sopra semplice richiamo di uno de' suoi membri, potrà, quando non preferisca autorizzare la procedura ordinaria, ingiungere che il prevenuto sia tradotto avanti ad essa.

Se la Camera è sciolta, vi è offesa contro la Camera? L'autore propone la quistione senza punto occuparsene (149).

85. 5° Contro i delitti di diffamazione, d'offesa o ingiuria alle *persone dei Sovrani esteri, o dei capi de' Governi esteri* e di ogni agente diplomatico straniero accreditato presso il re, non si procede se non a querela o richiesta delle persone offese (L. 26 maggio 1819. L. 25 marzo 1822, art. 17) (150).

86. Nel caso di diffamazione o d'ingiuria contro le Corti, tribunali e altri corpi costituiti, la procedura non avrà luogo che per deliberazione degli stessi Corpi, presa in assemblea generale (art. 4 della L. 26 maggio 1819).

Questo articolo è stato abrogato dall'articolo 17 della Legge del 25 marzo 1822, che autorizzava il procedimento puro e semplice di ufficio avanti i tribunali correzionali di tutti i delitti preveduti dalla L. del 17 maggio 1819 (151).

(a) Questa disposizione non è adottata dalla nostra legge.

87. 7°. Diffamazioni, ingiurie, contumelie contro i privati.

Non si procede che ad istanza della parte offesa.

Limitazione nella L. 17 marzo 1819, relativa alle scritture prodotte in tribunale.

A quali discorsi e scritti si applica l'art. 25 della suddetta legge?

Generalmente a quei fatti della difesa che la legge riconosce legittimi.

Non quindi a quei discorsi che si tennero in cause nelle quali non è ammessa che la procedura scritta; non a quelli che cadono fuori della pubblica udienza; non alle scritture, che non sono ricevute in procedura essenzialmente orale.

Infatti l'art. 23 di detta legge non fa ragione che delle aringhe e degli scritti prodotti ai tribunali; i tribunali, e solo essi, possono accordare delle riparazioni civili e prendere misure disciplinari contro i difensori della parte.

La Corte di cassazione illustrando i dubbii della materia, 1° la parola *scrittura* comprendere nella sua generalità sì le stampate che manoscritte; 2° non essere necessario che una memoria sia stata notificata, bastare la sua distribuzione ai giudici; 3° non esser necessario che una memoria sia sottoscritta da avvocato o procuratore, purchè sia fra quelli considerati dall'art. 23; 4° che deve ritenersi tale benchè sottoscritta da un avvocato addetto a tribunale diverso.

*Le diffamazioni e le ingiurie che riguardano le parti che sono in causa* vengono da questa legge sottratte all'azione pubblica e all'azione civile principale.

Perciò che spetta ai discorsi pronunciati e scritti portati in causa, la limitazione è assoluta.

Se si tratta della imputazione *di fatti diffamanti estranei alla causa*, il beneficio della eccezione si perde, e si può esser colpiti dall'azione pubblica e dall'azione civile se il tribunale la riservò. La riserva è indispensabile; e il fare o non fare la riserva è nella piena facoltà dei giudici.

Se le diffamazioni e *ingiurie sono relative a terzi*, a tali cioè che non sono in giudizio, esse producono l'azione penale e non si richiede riserva veruna del tribunale investito della causa per esercitarla (numeri 152, 153, 154, 155, 156).

87 *bis*. *Della sospensione dell'azione civile.*

Se la parte lesa ha scelta la via civile, la sua azione resta sospesa

sino al giudizio definitivo dell'azione pubblica, art. 3°, Codice di istruzione.

Ma se l'azione pubblica non è intentata, cessa il motivo della sospensione (162).

Vi sono delle limitazioni nelle leggi sì di procedura civile che di penale in fatto di falso (163).

88. L'azione penale è intentata colla semplice requisitoria del pubblico Ministero (164).

Condizione necessaria della sospensione: che le due azioni cadano sopra un fatto identico (165).

89. È da osservare che per giudizio definitivo, quale misura della sospensione dell'azione civile, s'intende anche quella che quantunque non dica l'ultima parola e non definisca per sempre la quistione, tuttavia tronca e fa cessare l'azione penale. Tali sono le ordinanze della Camera di Consiglio, e i decreti della Camera delle accuse che stanziano non farsi luogo a procedere contro il prevenuto, quantunque *coi novelli carichi* (nuove prove) la procedura pòssa anco risorgere.

90. Principii relativi alle quistioni pregiudiziali.

Vi sono dei delitti la cui esistenza dipende *essentialiter* della esistenza di altri fatti e rapporti giuridici anteriori. Vi è bigamia perchè in precedenza vi ebbe un matrimonio valido;.vi è soppressione di stato perchè vi è una precedente figliazione legittima; vi sono tali delitti che suppongono la proprietà. Siffatte quistioni sono di proprio e vero diritto civile. Ebbene: l'azione pubblica resterà in sospeso fintantochè i tribunali civili le abbiano risolute? O lo stesso Tribunale penale potrà risolverle?

Secondo l'art. 3° del Codice *d'instruction*, l'azione civile si discute nello stesso tempo avanti lo stesso tribunale al quale è portata l'azione pubblica. La prevalenza sospensiva dell'azione pubblica è già stata rimarcata.

È inevitabile e d'incontestata necessità, che il giudice che deve pronunciare sul delitto sia in possesso di tutte le cognizioni che riguardano il fatto e le quistioni che si svolgono o potranno svolgersi senza alcun limite. Da ciò la estensione dei poteri di questo giudice, oltre, come sembra, i termini ordinarii della sua giurisdizione. Il giudice penale conoscerà eziandio dei fatti civili perchè è necessario che li conosca; perchè è principio che il giudice è competente a sta-

tuire su tutte le quistioni che si elevano incidentalmente nella causa. (*Leg*. 3, *Cod. De judic.; Leg*. 1, *Cod. De ordine judicior*). Tutto ciò in principio generale, ma si vedranno più avanti le gravi limitazioni (167, 168).

91. Questa regola è primieramente indubitabile e sicura allorchè il reato è contenuto nello stesso contratto. È nella natura delle cose; è un tutto indivisibile.

Perchè mai il giudice della bancarotta fraudolenta non potrebbe conoscere della qualità di debiti o crediti che figurano nel fallimento per dedurne se siano veri o finti, simulati, dolosi? Come non potrà decidere se questo imputato abbia la qualità di commerciante? Il giudice che dee portar sentenza sopra abituali usure, non potrà apprezzar il carattere, il valore e la portata delle stipulazioni intervenute fra le parti? (169).

92. Se il contratto civile e il delitto che vi si è attaccato, sono pure atti distinti, l'uno precedente l'altro, la questione pregiudiziale della esistenza del contratto, o della sua esecuzione o interpretazione, è ancora in dominio del giudice criminale. Come giudicare v. gr. che un deposito è stato violato, che delle merci confidate sono state alienate, che un titolo è stato soppresso o distrutto senz'apprezzare la moralità di simili fatti; e senza giudicare ad un tempo che un tal deposito, un tal mandato, un tal titolo esisteva in date circostanze, in date condizioni? La competenza del delitto mena per necessità la competenza del contratto la cui negazione non costituisce che una eccezione all'azione. (Merlin, *Rep.*, v° *Bigamie etc.*, Corte di cassaz. 2 dicembre 1813, e 25 maggio 1816) (170).

93. Una osservazione sulla natura delle prove.

È in questa materia che il giudice penale ha obbligo di attenersi alle regole del processo civile. Poteva temersi che la qualità del giudizio, che nelle forme e nell'oggetto è un giudizio criminale, imprimesse alla forma provante il suo carattere; rendesse cioè ammissibile ogni mezzo di prova con quella indefinita larghezza che si usa nei processi penali. Si è voluto prevenire l'abuso (171).

94. L'autore viene applicando il suo principio.

Se l'azione del pubblico Ministero o della parte civile ha per iscopo di stabilire che un titolo *è stato sottratto o distrutto*, il giudice criminale può ricevere la querela, procedere all'udizione dei testimonii, statuire sulla esistenza del titolo e sulle conseguenze della sua man-

canza, e ciò per la ragione che la prova testimoniale è in questo caso ammissibile (*a*).

È senza questione, ammissibile, poichè trattandosi della distruzione o sottrazione del titolo, *ossia della prova letterale della obbligazione*, non potrebbe opporsi la disposizione dell'art. 1341, del Codice civile che richiede che ogni convenzione superiore a L. 150, risulti dallo scritto. (Cassaz. 4 ottobre 1816) (172).

95. Ma quando non si disputa sulla materiale esistenza del titolo, ma sull'abuso, per es. di un deposito o simile, l'esame del titolo ha luogo secondo lo statuto civile; dovrà vedersi se vi fu una prova, un principio di prova, e solo su questa base potrà il giudice penale ammetter l'esame dei testimonii (*b*).

Quasi a corollario delle decisioni summentovate, la Cassazione decise che quando la querela per sottrazione o distruzione di titoli ha per oggetto *una controlleria diretta a modificare una convenzione anteriore, la cui prova materiale è prodotta*, non può accogliersi la querela se la esistenza della controlettera non è provata per via di scritto o non ha appoggio in un principio di prova scritta. (*Arrêt. 5 avril* 1817).

Altro esempio non meno luminoso in materia di falso giuramento, non potersi procedere dal pubblico Ministero se non quando l'atto sul quale cadde il falso giuramento sia della natura di quelli pei quali la legge civile ammette la prova testimoniale, o perchè trattasi di un valore minore di L. 150, e perchè vi ha principio di prova scritta (*c*).

Appartiene sempre al giudice della querela decidere se esiste un principio di prova per iscritto, e basti alla prova testimoniale.

Se il procedimento comprende più reati, dei quali alcuni suscettibili della prova testimoniale, ed altri no (per es. la violazione di un deposito e un furto), il tribunale proibisce la udizione di ogni testimonianza relativa al primo, e vi fa luogo rapporto al secondo reato (*Arr.* 1° *août* 1817).

La dottrina che la via della querela è vietata, quando i fatti che l'hanno motivata non possono esser provati con testimonii, si estende

(*a*) V. Toullier, *Question de droit.*, v° *Suppression des titres*, § 1°, t. V, art. 156. (*Nota dell'A.*).

(*b*) Arr. 4 oct. 1816. Arr. 15 mai 1834. Arr. 21 oct. 1824. Arr. 5 mai 1815. Arr. 10 avril 1819. Arr. 16 mai 1819.

(*c*) Arr. 5 sett. 1812. Arr. 17 juin 1813. Arr. 12 sett. 1816.

agli atti del pubblico Ministero. (*Arr.* 5, *dec.* 1806, 2 *dec.* 1813; 5 *mai* 1851. Merlin, *Répert.*, v° *Serment*, § 3, *art.* 2) (173, 174).

96. Ora che farà il giudice penale?

Interrogare il prevenuto; conviene sempre farlo: è possibile che dalla sua bocca si possa cavare una prova, o almeno un principio di prova.

E se nega? Se non vi è prova scritta nè principio di prova? La procedura criminale dev'essere sospesa, avrebbe detto la Cassazione sopra una conclusione di Merlin.

Il Mangin trova che la risoluzione è per lo meno inconcludente. Esamina alcun'altra formula, e adotta allo stato delle cose (quant à présent) che la querela non è ricevibile, avendo per sè anche in questo l'autorità di una decisione suprema. (*Arrêt* 2 *dec.* 1813) (175) (*a*).

97. Allorchè la esistenza di un delitto dipende dalla interpretazione di un atto, di un contratto, il giudice penale ha necessariamente le facoltà opportune. Egli interpreta l'atto, lo apprezza, lo definisce, ne dichiara gli effetti; eccettochè non si tratti che tale facoltà sia invece devoluta all'autorità amministrativa.

Se l'atto che si deve interpretare, emana dalla stessa autorità amministrativa, a questa appartiene.

In materia di appalti, aggiudicazioni, ecc. acconsentiti dall'amministrazione pubblica, salvochè l'atto non sia attaccato dal lato della forme richieste per la validità degli atti amministrativi, o che una legge speciale non ne attribuisca la interpretazione all'autorità amministrativa, i tribunali soli sono competenti per conoscere di tali atti e dei loro giuridici effetti (*b*) (n. 176, 177, 178, 179, 180).

98. Il principio, che il giudice della prevenzione è altresì il giudice delle quistioni civili che vi si attengono essenzialmente, ha delle limitazioni: le principali sono; 1° quelle che riguardano le controversie sullo stato personale, la paternità e figliazione; 2° quelle che riguardano le controversie sulla proprietà immobiliare e diritti reali (181).

(*a*) Un decreto che avesse ammesso, benchè senza fondamento, la prova testimoniale, non dovrebbe cassarsi, qualora sia stata poscia scoperta la esistenza di prove scritte. Arr. 31 juil. et 5 sept. 1812.

(*b*) L'autore svolge l'argomento per via di esempi e di decisioni. La sua dottrina non oltrepassa l'anno 1829. Per questo solo può giudicarsi molto arretrata. I principii che viene cavando dalle sentenze mancano d'ogni rigore teorico, e lo stesso autore esita nell'ammetterli.

99. *Questioni di stato.*

Lo stato delle persone, nel suo punto di vista generale, è quella posizione che le leggi civili e politiche assegnano ai cittadini sia rispetto alla società, sia rispetto alla famiglia.

Questa significazione si restringe nelle particolari vedute degli articoli 326 e 327 del Codice civ. Il loro scopo è semplicemente quello di regolare il modo secondo il quale le prove della paternità e figliazione sono ammesse dalla legge (182).

100. La figliazione ha per fondamento la nascita che riceviamo dai genitori ; la natura e la legge si uniscono per fornirne la prova.

La presunzione legale riposa sulla massima *pater is est quem justae nuptiae demonstrant.*

Le fonti della prova onde si toglie che il figlio è stato concepito nello stato di matrimonio, sono gli articoli 319, 320, 321, 322 del Codice civile (*a*). Atto di nascita constatato nei registri dello stato civile, di possesso di stato.

Chi sopprime, chi distrugge o guasta codeste prove, attenta allo stato della figliazione.

La supposizione del parto è altro dei modi con cui si opera il delitto della *soppressione di stato.*

Non è raro che *il falso in scrittura pubblica* si associi come uno dei mezzi soliti ad usarsi a questo scopo; e allora si compenetra e si confonde col delitto stesso *di soppressione di stato* (183, 184).

101. Il pericolo di abbandonare il più importante affare della vita alla fragile prova testimoniale, ha consigliato di attenersi a ciò che si ha di più solido nella condizione delle prove civili.

Fra l'interesse che ha la giustizia di punire un grande colpevole, come colui che ha consumato l'ardita impostura di mutare a se stesso o ad altri le condizioni esteriori dalle quali si desume l'essere civile ; e fra il pericolo di porre all'azzardo, alla balìa di prove incerte e fallaci, ciò che si vuole assicurato col maggior rigore, la più severa prudenza determinò quelle disposizioni del Codice civile.

Il Mangin dopo avere riportati alcuni squarci eloquenti, come sogliono essere quelli che si pronunciano dal pubblico Ministero, in Francia segnatamente, ragionando per conto proprio dice :

Ogni azione reclamante lo stato riposa necessariamente sopra due

(*a*) S'intende sempre, il francese.

fatti distinti: il primo, che lo stato di cui si gode attualmente non è quello a cui si ha diritto; l'altro, che lo stato che si reclama è quello che ci appartiene in effetto. Vi può essere correlazione fra codesti due fatti; ma possono anche esistere indipendentemente l'uno dall'altro. Un individuo può provare che fu iscritto nei registri dello stato civile sotto falsi nomi, o che è stato allevato da individui che si qualificano falsamente per suoi genitori, senza che ne risulti che egli è veramente figlio di quello o quelli ch'egli pretende essere i suoi veri genitori. È su questa distinzione fondato l'art. 323 del Codice civile che non ammette la prova testimoniale a stabilire la figliazione legittima che a favore del figlio che si trova privo di titolo e di possesso, o che fu iscritto sotto falsi nomi, o quale persona i cui genitori sono ignoti. Di che l'articolo vuole la prova preliminare che lo stato del reclamante è stato soppresso; ed è solamente allora, e alla condizione che vi sia un principio di prova scritta o un complesso di presunzioni e indizii gravi, che si può far luogo alla prova testimoniale. Ammettere senz'altro, ed assolutamente, la via criminale varrebbe il confondere in un solo esame due fatti così distinti, e accettare nell'uno e nell'altro la prova testimoniale, senza assoggettarla a quei rigori che devono precederla, sarebbe estendere oltre i suoi veri termini il giudizio penale. La legge ha ben voluto impedirlo, due cose disponendo: 1° che il giudizio di stato è di esclusiva competenza dei tribunali civili, 2° che l'azione penale contro un delitto di soppressione di stato non comincierà che al termine di quello. Così la questione di stato è pregiudiziale (185, 186).

102. Le indicate regole non si applicano solamente ai reati di soppressione di figliazione legittima ma anche a quei reati che sono diretti contro lo stato dei figli naturali (187).

103. La questione seguente ha molto interesse: noi daremo anche qui un compendio alla esposizione del Mangin per trattare la questione a suo luogo.

Nell'ipotesi (non difficile in vero) che le parti interessate non si muovano e non vi sia causa civile, che farà il pubblico Ministero alla cui cognizione è pervenuto un reato di falso e una alterazione dolosa dei registri allo scopo di sopprimere uno stato civile esistente? Dovrà tacersi, divorare in silenzio l'offesa del diritto; il reato resterà impunito? Il Merlin sostiene la negativa; il Mangin trova giuste le sue osservazioni per un *gius constituendo*, ma incompatibili col sistema

del Codice. Non solamente il Codice attribuisce esclusivamente ai tribunali civili il giudizio della questione di stato, ma interdice formalmente l'azione penale contro i fatti della soppressione finchè la quistione di stato non sia decisa. Secondo il Codice, il giudizio deve farsi in concorso delle parti che vi hanno interesse; secondo Merlin, le parti rimangono escluse, e non agisce che nel suo punto di vista e nel suo scopo il pubblico Ministero. La giurisprudenza si è determinata su questo punto. (*Arr. du* **20** *mexidor, ann.* XII, *D.* **26**, **210**, L. 4, 366, oltre molte altre decisioni) (187, 188).

**102** *bis.* Pongasi mente che l'art. 327 del Cod. civ. non si limita a dire che l'azione criminale rimarrà *sospesa* sino al giudizio definitivo sulla questione di stato: non *pourra commencer*, non potrà nemmeno aver principio.

Carnot ha osservato che allora solo potrebbe parlarsi *di sospensione* quando l'azione civile avesse cominciato ad esistere.

Le questioni di stato costituiscono delle vere quistioni pregiudiziali, come le questioni d'esistenza e validità del matrimonio, in fatto di bigamia; come la quistione di proprietà d'immobili, d'esistenza, di deposito, di mandato, ecc.

Ma vi hanno questioni pregiudiziali, che sospendono l'azione pubblica, di maniera che *non può intentarsi* se non dopo la risoluzione di tali quistioni (e sono quelle della figliazione); altre che non fanno che sospendere *un giudizio già cominciato.* Carnot le ha confuse (189).

**103** *bis.* Non vuolsi per altro dagli articoli 326 e 327 del Cod. civile fare argomento che nessun crimine o delitto contro lo stato di figlio possa ricercarsi se non dopo il giudizio dei tribunali civili sulla questione di stato.

Imperocchè lo scopo di quegli articoli si è d'impedire che, correndo la facile via di una querela, non si ottenga il vantaggio di potersi servire della prova testimoniale, e che la questione di stato non sia pregiudicata dall'esercizio penale.

Pertanto l'azione pubblica segue l'ordinario suo corso, ogni volta che il delitto commesso contro il figlio è punibile in qualunque stato egli si trovi, sebbene il reato possa avere in esso alcuna influenza.

Un esempio può essere la ommissione della dichiarazione di nascita prevista dall'articolo 349 del Codice penale.

Così la *suppression de la personne d'un enfant* è diversa *dalla soppressione dello stato;* chè qui non si ricerca a qual padre quel bam-

bino appartenga; ma solo di sapere se l'accusato abbia o no trafugato un bambino.

Sarebbe altra cosa, se questi reati, i reati di cui qui parliamo, fossero processati come reati di *soppressione di stato;* poichè, quantunque punibili per sè, non potrebbero esaminarsi sotto questo aspetto, se non dopo un giudizio civile di stato.

Quando un falso insinuato in un atto di nascita può ritenersi non involvente la questione dello stato, può essere giudicato da sè, e l'azione pubblica non rimane sospesa.

Medesimamente l'azione pubblica corre senza ostacolo, quando l'azione *in reclamazione di stato* è estinta, e così la questione di stato è fuori d'ogni discussione possibile. Se la persona che subì la *soppressione di stato*, mancò di vita, e l'azione non fu trasmessa a' suoi eredi, il pubblico Ministero è libero di procedere direttamente contro i colpevoli *della soppressione di stato.*

Finalmente i tribunali criminali hanno giurisdizione per decidere provvisoriamente le questioni di stato relative alla figliazione, ove tali quistioni *si presentino come incidenti*, e non connesse radicalmente col fatto dell'accusa. Se, p. es., si elevasse contro un testimonio una eccezione di parentela, e la parentela fosse contestata, il giudice penale può senza dubbio decidere tale controversia (190).

104. I reati che hanno per oggetto la supposizione o soppressione *dello stato dei coniugi* possono essere colpiti dall'azione del pubblico Ministero; articoli 52, 53 del Cod. civ., 192, 193 del Codice penale.

L'art. 198 del Codice civile inverte del tutto il sistema.

Art. 198. « Lorsque la preuve d'une célébration légale de mariage se trouve acquise par le resultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assûre au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage ».

L'art. 199 rende ancora più evidente che se nei casi sopra esaminati della figliazione, *l'azione civile* è pregiudiziale; qui si rientra nella regola generale dei giudizii, e l'azione criminale è pregiudiziale (191).

105. L'autore declinando dall'esame dei principii, discende sul terreno meno fermo della giurisprudenza.

La relazione e la influenza che la costruzione dell'atto di nascita

esercita sullo stato personale, è stata, s'intende facilmente, la preoccupazione dei giudici.

Una decisione della Corte reale di Grenoble del 9 dicembre 1822, sembrò stabilire dei principii che il Mangin non dubita chiamare erronei.

Questa sentenza avrebbe ritenuto che l'azione pubblica contro le falsità commesse negli atti di matrimonio non può essere intentata che dopo la sentenza dei tribunali civili sulla questione di stato; 2° che pel solo riflesso che lo stato di figlio può essere compromesso da un processo di falso contro l'atto di matrimonio, deve sospendersi il processo sino al giudizio definitivo sullo stato di figlio.

Il Mangin coi principii esposti critica questa decisione (192).

105. *Quistioni sulla bigamia.*

Un accusato di questo reato si difende col sostenere che uno dei due matrimonii è nullo. Il Tribunale penale può egli decidere della validità o non validità dell'uno o dell'altro matrimonio?

Mangin lo afferma, contro il Carnot.

Il suo principale fondamento sembra questo: che la cognizione di questa materia non è stata sottratta ai tribunali penali, nè attribuita ad altra giurisdizione. (*Cassat.* 27 novembre 1812).

Così è fuori di dubbio che il giudice penale è competente a statuire sui mezzi di nullità che un accusato di bigamia può opporre al matrimonio da lui contratto prima della formale dissoluzione del precedente (*Cassat.* 18 febbraio 1819).

106. Ciò dicesi rispetto al secondo matrimonio; ma rispetto al primo, la difficoltà si presenta maggiore.

La difficoltà è avvertita da Merlin (*Rep.*, v° *Bigamie*, art. 2). Non è già il primo matrimonio che costituisce il crimine, bensì il secondo, e il crimine è nel secondo solo perchè si ritiene che il primo è valido. Il *giudice penale è dunque incompetente* a conoscere della validità o nullità del primo matrimonio.

Anche questa dottrina del Merlin è rigettata dal Mangin che non sa vedere, perchè se i giudici penali sono competenti a giudicare del valore del secondo matrimonio, non lo siano eziandio rispetto al primo.

Ma dall'essere competente, al potere in ogni caso decidere la quistione ad esclusione del Tribunale civile è, per quanto mi sembra, la distinzione che fa il Merlin.

La questione della nullità del primo matrimonio dev'essere giudicata *la prima*, così è stabilito nell'art. 189 del Codice civile.

È dunque una eccezione *pregiudiciale-principale*, soggetto di un proprio e separato giudizio che deve necessariamente precedere quello intorno la nullità del secondo matrimonio. Ne segue che il *giudice civile*, adito per giudicare sulla nullità del secondo matrimonio, non può statuire intorno alla nullità che si oppone al primo matrimonio; ma deve sospendere sul secondo, onde sia giudicato formalmente, dal giudice competente, sul valore del primo.

Ora si vegga in concorso del giudice penale.

In fatto di bigamia, il secondo matrimonio può dar luogo a due azioni. L'una civile di nullità che può essere intentata non solo dal coniuge abbandonato, ma da chiunque vi ha interesse e dal Ministero pubblico; e può dar luogo all'azione penale. Ma codeste due azioni hanno una base comune, cioè, un primo matrimonio legalmente contratto. La legge vuole che se questa base è attaccata dal convenuto coll'azione civile, la eccezione sia previamente decisa, quanto dire *separatamente dalla domanda di nullità del secondo matrimonio*. E non sarebbe lo stesso ove si trattasse di un convenuto in giudizio penale anzichè in civile? Forsechè l'eccezione perderebbe il suo carattere di eminentemente pregiudiciale? Perchè non dovrebbe conoscersi principalmente e in via separata? Se il giudice civile deve astenersi dallo statuire sulla eccezione *parce qu'elle ne peut être décidée que par le voie d'une demande principale*, il giudice penale dee procedere colle medesime regole, ed astenersi pronunciando il rinvio al giudice civile.

Dopo ciò e per diverso sentiero l'autore rientra nella teoria che la giurisdizione criminale non può giudicare dell'azione pubblica sino a che i tribunali non abbiano statuito definitivamente sulla nullità o validità del primo matrimonio.

E siccome tale questione *non può esser soggetto di un incidente sul quale il Tribunale possa giudicare insieme all'accusa*, ma deve sempre proporsi *in via principale*, ne deriva che la questione è sempre di competenza dei tribunali civili (193, 194).

107. Qualunque sia il vizio di nullità che possa rilevarsi in uno o amendue i matrimonii, *non trattasi mai di nullità di pieno diritto:* essa deve dichiararsi (195).

108. Si conoscono *delle nullità assolute* e *delle nullità relative*.

Le prime viziano il matrimonio nella sua essenza; le altre non riguardano che l'interesse particolare degli stessi contraenti o dei terzi.

Quanto alle prime, l'accusato è sempre in diritto d'invocarle: esse riducono il matrimonio alla non esistenza.

Ciò è formale nella dottrina della Corte di cassazione. Ma questa medesima dottrina dichiara che se le nullità proposte dal bigamo sono della seconda specie, cioè *relative*, la Camera delle accuse o la Corte d'assise non si fermano nel loro cammino, non vi hanno riguardo, mentrechè, dato che la eccezione fosse provata, non cadrebbe l'accusa *parce que si le mariage pourrait être dissous par un jugement sur cette nullité, il n'était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux.* Essendochè adunque l'accusato era già impegnato nei vincoli del matrimonio, il suo secondo matrimonio lo ha fatto colpevole di bigamia.

Il Mangin combatte questa teoria. La distinzione che sembra un gran fatto, è una mera sottigliezza. Cosa sono le nullità assolute di un matrimonio, e cosa le relative? Non vi è matrimonio *di pieno diritto* nullo: si è già detto: un esame per isciogliere ciò che vi ha di apparente e di estrinseco è sempre necessario. Ora perchè, riconosciuta la nullità assoluta, il matrimonio si dichiara non esistente? Perchè la presunzione della validità del matrimonio è stata dissipata dalla verità. Ciò avviene niente più, niente meno, se la nullità è relativa. Amendue i giudizii sono *dichiarativi*. Amendue concludono che la validità del matrimonio non era che apparente.

E infine le nullità relative non differiscono sostanzialmente dalle altre, se non perchè *non sono proponibili che da certe persone e possono esser sanate.*

Vi hanno nullità relative gravissime. Quella, per es., che risulta dal difetto di libertà nel consenso, o errore di persona.

V. in conferma la giurisprudenza di Merlin (*Réquisit.* 8 *août* 1811. *Rép. de jurisp.*, v° *Bigamia*) (196).

109. Quantunque il giudice penale non possa statuire sulla nullità del primo matrimonio, ha potere per altro di esaminare quanto abbia di gravità e quanto sia attendibile la eccezione (197).

110. Quanto al suo intrinseco, è una eccezione perentoria. Attacca il reato di bigamia nella sua esistenza; e in qualunque stato di causa può essere opposta, come può essere opposta o avanti il giudice d'istruzione, o avanti la Camera delle accuse, o per la prima volta,

avanti la Corte d'assise. (*Cassat.*, *arrêt* **16** *janvier* **1826**) (*a*) (**198**).

**111**. Come la questione pregiudiziale produca diversi effetti o si tratti di materia di bigamia, o si tratti di materia di soppressione di stato. Non comincia mai la causa criminale sulla soppressione di stato, se non finito e reso il definitivo giudizio civile sulla questione di stato. Questo impone rigorosamente e assolutamente la legge. I mezzi tratti dalla nullità del matrimonio sono a pura difesa, e non costituiscono per se stessi un impedimento alla cognizione di essi. Ne deriva che pendente la causa in istanza civile nella questione se sia valido o nullo il primo matrimonio, il prevenuto resta sotto il peso dei mandati e degli atti irreparabili contro lui pronunciati. (*Cassat.*, *arr.* **25** *juill.* **1811**) (**199**).

**112**. *Sulle questioni concernenti le proprietà immobiliari, e altri diritti immobiliari.*

Sorge da questo soggetto una seconda limitazione al principio che il giudice penale è competente ad esaminare le questioni congiunte all'accusa o prevenzione.

Un'azione che, mancando di base, la proprietà, sarebbe un'azione punibile, cade sopra un immobile. Si risponde il podere è mio; *feci sed jure feci*. Questa eccezione pregiudiziale si propone al Tribunale civile.

Il Mangin è costretto a dire che non vi è propriamente una legge sulla quale si fondi questa dottrina: ma si aiuta coll'analogia legale, e colla giurisprudenza (**200**).

**113**. La materia della proprietà mobiliare, materia dei furti, delle appropriazioni, ecc. è sempre nella competenza del giudice penale (**20**). Onde anche la distinzione fra il possesso e proprietà dell'immobile e dei frutti dell'immobile (**202**, **203**, **204**).

**114**. Il principio che le questioni della proprietà immobiliare appartengono alla cognizione dei tribunali civili ne genera un altro: i diritti reali, le servitù, ecc. appartengono ugualmente alla cognizione dei tribunali civili (*b*) (**205**). Non è già che il giudice penale abbia a

(*a*) Se la eccezione fosse stata proposta alla Camera delle accuse e fosse stata rigettata, non potrebbe più presentarsi alla Corte d'assisie. Osterebbe la cosa giudicata. MANGIN, *ivi*.

(*b*) Fu cassata una sentenza con cui un tribunale di polizia statuì sopra la esistenza di una servitù di passaggio negata da Bernardet che vi aveva posta una sbarra. 2 Thermid. an. XI, D. 23, 292. L. 7, 845. Vi sono altri esempi nel foro francese.

spogliarsi della causa: egli non fa che sospenderla perchè la sua incompetenza si restringe alla eccezione (206).

**115.** Ma tre condizioni si ricercano onde la eccezione possa esser accolta colla sospensione del giudizio: 1° ch'essa è tale da escludere il reato, 2° che è personale all'eccipiente, 3° che è sostenuta da qualche prova. (*Arr.* 182, Codice forest. 59, *de la loi sur la pêche fluviale*) (208 a 225).

**116.** L'autore discorre alcune altre eccezioni pregiudiziali.

Quando un prevenuto di contravvenzione alle leggi *di contribuzioni indirette* oppone avanti il tribunale correzionale, *non essere dovuto il diritto che si pretende da lui*, si suscita una questione pregiudiciale, la cui cognizione appartiene al tribunale civile. (*Arr.* 88, tit. V, L. 28, août ann. XII) (226, 227).

**117.** Una denuncia calunniosa: Essa si compone di due elementi una imputazione falsa, e la coscienza della falsità, animo di nuocere. Del vero o del falso, che giustifica o fa cadere la imputazione, è forse giudice naturale quell'autorità alla quale è recata la denuncia che si pretende calunniosa?

Suppongasi che un tale sia denunciato ad un ufficiale di polizia giudiziaria come autore di un crimine o delitto; intanto prima che si abbia tempo di appurare la reità, s'inoltra dall'altro lato un'istanza di calunnia. Ovvero, che è ancora più grave, una denunzia è presentata all'autorità amministrativa contro uno de'suoi agenti e relativamente alle sue funzioni. Come potrà il tribunale prender cognizione dell'affare, e statuire sopra atti e fatti amministrativi?

Ecco la soluzione del problema. Ogni querela di denuncia calunniosa inchiude la questione pregiudiziale; se i fatti denunciati siano veri o falsi, il deciderlo compete all'autorità alla quale è portata l'azione del reato: la quistione della denuncia calunniosa (calunnia) è sospesa sino al giudizio nel quale la imputazione è stata riconosciuta falsa (228, 229).

**118.** È stato deciso che quando sopra istanza o querela la Camera di Consiglio o la Camera di accusa deliberò *non farsi luogo*, l'incolpato e il Ministero pubblico hanno le mani libere per procedere *de calumnia* contro il denunciante o querelante. (*Arr.* 28 *janv.* e 12 *fev.* 1819).

Il prevenuto di denuncia calunniosa che pretende essere venute in luce nuove prove (*de nouvelles charges*), tali che la ordinanza *del*

*non farsi luogo* sia cessata, deve portarne il reclamo al pubblico Ministero; e il tribunale correzionale, invocato a conoscere della denuncia calunniosa, non accorderà sospensione se non dopochè il pubblico Ministero avrà ripresa la procedura. (*Arr.* 18 aprile 1823) (231, 232).

119. L'autore esamina le condizioni che devono verificarsi quando alcuno, che ha dato altrui una imputazione diffamante, vuole essere ammesso a giustificarne la verità.

La prima condizione che i fatti imputati sono puniti dalla legge penale. La seconda che il pubblico Ministero ha già dato corso al procedimento, o almeno che il prevenuto di diffamazione abbia denunciato il fatto (*a*) (233).

120. Se fatti dell'ordine di quelli che sono puniti dal Codice penale sono avventati contro un funzionario amministrativo e giudiziario nell'esercizio delle sue funzioni o in occasione di tal esercizio, può il diffamante liberarsi da ogni responsabilità somministrando la prova?

Dopo la legge del 1819, non è più luogo a questione: il fornire la prova del delitto del funzionario è più che un diritto, è un dovere (*b*) (235).

121. Questione pregiudiziale che riguarda la sussistenza del reato di diserzione quando si tratta di condannare colui che ricettò il disertore (236).

122. Questione pregiudiziale che s'invoca a ragione dai depositarii e contabili del pubblico danaro nella loro qualità di reliquatarii per la liquidazione dei loro conti che deve farsi dall'autorità amministrativa. L'autorità giudiciaria dipende in questo caso dalle operazioni dell'autorità amministrativa. (*Arr.* 15 *juill.* 1819, 28 *mars* 1816) (237).

123. Con rispetto del grande principio, — tutti sono uguali innanzi alla legge — vi è una certa protezione di persone imputate che si crede necessaria alla bilancia e all'equilibrio dei poteri che governano lo Stato.

È di questa natura il principio che non permette che i funzionarii

(*a*) Che è molto meno della già spiegata azione pubblica. Perciò ho arbitrato di scrivere questo *almeno* aggiungendo al testo ove non c'è. L'autore viene a dirlo quattro linee più sotto.

(*b*) Art. 585 del Codice penale italiano del 1859.

dell'ordine amministrativo siano tradotti avanti i tribunali senza l'autorizzazione del Governo.

Schierati i testi di legge che cominciano dalle disposizioni dell'Assemblea costituente intesa a mantenere la separazione del potere amministrativo e giudiziario, l'autore conchiudendo, pone due classi di persone che non subiscono giudizio se non autorizzato: 1° che godono di tale guarentigia *a ragione delle loro funzioni* (consiglieri di Stato, pari, membri della Camera dei deputati); 2° che non reclamano guarentigia che *ai loro atti soltanto*, e non alle loro persone; e sono gli agenti del Governo (*a*) (**241**).

**124.** I ministri sono responsabili; ma dalla Camera dei deputati sono messi in istato d'accusa, e dalla Camera dei pari giudicati.

I fatti amministrativi dei ministri non sono soggetti alla censura giudiziaria, almeno sinchè manca la legge della responsabilità (**243**).

I consiglieri di Stato non sono responsabili alla foggia dei ministri (*Costitut.*, ann. VIII, art. 70, 71). Ma quanto ai reati ch'essi commettono fuori dell'*esercizio delle loro funzioni*, portanti pene afflittive, e infamanti, non sono processabili senza l'autorizzazione del Consiglio di Stato (**244**).

Ma i reati correzionali (delitti) commessi dai ministri e consiglieri di Stato, fuori dell'esercizio delle loro funzioni, hanno a dirsi soggetti all'azione pubblica e all'azione civile non meno di ogni altro cittadino (245).

**125.** I Pari di Francia non possono essere giudicati che dalla Camera dei pari a causa dei reati ch'essi possono commettere nell'esercizio o fuori dell'esercizio delle loro funzioni legislative o giudiziarie (*b*) (**247**).

**126.** L'autore qui passa in rassegna le persone che non possono soggiacere a processo per delitti relativi alle loro funzioni che in virtù di autorizzazione (248 a 252).

**127.** Gli ecclesiastici, non depositarii di parte alcuna dell'autorità civile, gli ecclesiastici *non sono pubblici funzionarii* nel senso dell'art. 75 della costituzione dell'anno VIII: non sono essi che possono invocare le guarentigie che l'articolo accorda agli agenti del Governo.

(*a*) Classi in vero assai differenti; incompossibili; malgrado l'apparente rapporto della funzione.

(*b*) Si dev'esser *Pari* al tempo del reato. Indi la competenza della Camera dei pari per giudicare Ney nel 1815, e Kergorlay nel 1830.

Vi è per gli ecclesiastici una legislazione speciale che rimonta alla Legge 18 germinale anno X, sulla organizzazione dei culti.

Il concordato del 26 messidor anno IX, è considerato legge dello Stato.

I casi d'abuso devono esser giudicati dal Consiglio di Stato. Incontrandosi qualche fatto non compreso nella censura amministrativa, il Consiglio di Stato dichiara doversi rinviare all'autorità giudiziaria (253, 254).

128. Il Codice penale riassume una disposizione del Concordato, dove parla delle perturbazioni che all'ordine pubblico apportano i ministri dei culti coi loro fatti, durante l'esercizio del loro ministero. Erano gli abusi, gli eccessi della potestà ecclesiastica, delitti in una parola contro l'autorità e le leggi dello Stato. Quindi lo Stato vi mantenne tutta la sua ingerenza. Tali delitti non hanno mai potuto deferirsi ai tribunali se non coll'autorizzazione del Consiglio di Stato. Che la direzione suprema di tali giudizii restasse nelle mani del Governo, ciò era l'importante. E per concludere colle ultime parole dell'autore: i delitti commessi dagli ecclesiastici nell'esercizio del loro ministero non sono che *abuso*, perchè l'*abuso* non è che l'uso vizioso che gli ecclesiastici fanno della loro podestà. Quindi, sempreché il delitto si confonda all'esercizio del ministero sacerdotale, sempreché il delitto esista per questo solo che l'ecclesiastico ha abusato del suo carattere, (traduco letteralmente) non si può far luogo a procedere che conformandosi all'art. 8° dell'atto organico, cioè coll'autorità del Consiglio di Stato (*a*) (255).

129. Si esamina in questo numero (256), una giurisprudenza che si dice *nuova*, della Corte di cassazione (*Arrêts* 23 *juin*, 9 *septemb.* e 23 *dec.* 1831), dalla quale si dichiara che i delitti degli ecclesiastici contro il Governo o la persona del Re, possono colpirsi direttamente

(*a*) Il Consiglio di Stato non era investito della cognizione, ma solo doveva autorizzare l'azione. Questa era stata una vera libertà già realizzata sotto l'impero. Non avendo facoltà di giudicare, l'intervento del Consiglio di Stato non poteva essere che moderatore e benefico. Quando col decreto del 25 marzo 1813, Napoleone abbandonò ai magistrati ordinarii l'azione, fu la volontà dell'uomo irritato contro i preti, come bene osservò Mangin a differenza di Merlin che vi travide un omaggio alla opinione pubblica. L'essere colpiti direttamente da un'azione penale, o l'esserlo solo qualche volta quando piaccia ad un potere superiore che dovrà ordinarlo, è assai diverso. I preti esposti senza rattento ai colpi dell'azione, non avevano certo a lodarsi della benignità dell'imperatore.

dall'azione del pubblico Ministero, come casi non contemplati dalla legge del concordato. Il Mangin oppone: che l'art. 8 dell'atto organico prevede il caso in cui il fatto costituente l'abuso abbia portato pregiudizio all'interesse privato e apre alla parte lesa la via dell'appello: prevede il caso in cui il fatto ha portato pregiudizio all'ordine pubblico, e allora è ingiunto al Prefetto d'interporre d'ufficio il ricorso al Consiglio di Stato. Ne consegue, che se si tratta di un delitto contro il quale si procede per querela di parte, questa prima di esporre la querela dee rivolgersi al Consiglio di Stato; se si tratta di reato che offende l'ordine pubblico, il Prefetto dee farne denuncia al Consiglio di Stato. In ogni modo l'autore non sa intendere come la Cassazione potesse trovare un fatto di abuso che non dovesse sottoporsi al Consiglio di Stato. Il Codice penale (art. 201 e seg., art. 204 e seg.) notò i delitti degli ecclesiastici, tutti di natura da provocare il disordine pubblico; tutti colpiti dall'azione pubblica, ma contro ai quali l'autorità giudiziaria non poteva agire che dopo il consenso del Consiglio di Stato (*a*) (256).

130. L'autorizzazione del Consiglio di Stato è necessaria per procedere contro un agente del Governo dimissionario o destituito dall'ufficio, essendochè tale garanzia non riguarda l'individuo ma l'atto e la funzione; è uno Statuto d'ordine pubblico, che toglie ai tribunali di estendere la loro giurisdizione oltre i debiti termini. Il Consiglio di Stato e la stessa Corte di cassazione (*Arr.* 28 sett. 1821), errarono dicendo che quella limitazione dell'azione pubblica è un *privilegio* dell'agente del Governo; privilegio che, spogliato di quella qualità, egli non può più invocare (*b*) (257).

131. Ricercando le autorità investite del potere di accordare l'autorizzazione (n. 260), l'autore accenna l'opinione di alcuni distinti pubblicisti che si mostrano contrarii all'attribuzione conferita al Consiglio di Stato di statuire sull'autorizzazione che si richiede per procedere contro gli agenti del Governo, e trovano che nello stato della costituzione francese (quale si può figurare al tempo in cui scriveva il

(*a*) Ho registrato anche questa parte della trattazione di Mangin come complemento storico, quantunque non abbia un interesse diretto per noi che siamo retti da una legislazione diversa.

(*b*) Vedi in opposto Merlin, *Répert. — Garantie des fonctions*, n. 9, Favard de Langlade, *Rép. — Mise en jugement*, § 5 *et* 17, e la stessa giurisprudenza della Cassazione, *arr.* 11 *sept.* 1807 e 15 *janv.* 1808.

Mangin cioè nell'anno 1832, nel quale si vuole compisse questo trattato) era più logico, cioè più costituzionale, darne la facoltà ai ministri; opinione non divisa dal Mangin (n. 261). Nel numero seguente ferma, che non si ricerca veruna autorizzazione per semplicemente constatare i fatti imputati all'agente del Governo e assumere informazioni. Dice nel (263), che è bensì necessario se vuolsi spiccare qualche mandato, o procedere ad interrogatorii eccetto il caso di flagrante. Osserva nel 264, che la parte lesa non può invocare l'autorizzazione dal Consiglio di Stato, se non abbia già presentata la sua querela all'autorità giudiziaria. Ma nel 265 ha notato, che il Consiglio di Stato suole intendere troppo largamente le sue attribuzioni; che non si limita, come dovrebbe, ad esaminare se qualche interesse amministrativo si trovi commisto o compromesso nella procedura che si minaccia, e se per conseguente l'autorità giudiziaria vi abbia competenza. Il Consiglio di Stato suol decidere il fondo delle quistioni, ed è ciò, che secondo il Mangin, non dovrebbe fare.

132. L'autorizzazione è ordinata dall'articolo 75 della costituzione dell'anno VIII, sotto pena di nullità di ogni procedimento (*a*). Nullità che può esser invocata in ogni stato di causa, e i tribunali devono applicarla d'ufficio.

Tuttavia se codesti agenti o funzionarii, cimentati in un processo non autorato, venissero assolti, non avranno a temere che la sentenza sia annullata a loro danno, considerandosi in questo caso che l'autorizzazione comprenda anche in parte il favore dello stesso funzionario (267).

133. Un decreto della Corte di cassazione ha deciso che quando un individuo tradotto in giustizia sostiene di aver agito in qualità di agente del Governo (con abito amministrativo), i tribunali sono incompetenti in faccia a simile eccezione. (*Camera dei ricorsi* 5 agosto 1823).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato si pronunciò in senso precisamente contrario. (*Ordonn.* 16 gennaio 1822; 21 marzo 1824; 1° giugno 1828). Quest'ultima ordinanza reale sui conflitti che solevano elevarsi per tale motivo disse: « ne donneront pas lieu au conflit *le défaut d'autorisation*, soit de la part du gouvernement,

(*a*) Da questa legislazione è facile dedurre le conseguenze che ne deduce il Mangin. Le tocchiamo in passando, per quelle considerazioni che fossero per tornarci opportune.

lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre les agents soit de la part du Conseil de préfecture, *lorsqu'il s'agira de contestations judiciaires* dans lesquelles les communes ou les établissements publics sont parties... ». La indicazione dei comuni e degli stabilimenti pubblici non è indicativa o limitativa; e con tale ordinanza si risolveva in principio la competenza dei tribunali a conoscere se fosse il caso in cui è necessaria l'autorizzazione (a) (268).

**134.** Le condizioni d'alto interesse che si devono verificare per l'esercizio dell'azione penale contro i pubblici funzionarii, senatori, deputati, ministri, sono forse esigibili in soggetto di azione civile all'effetto della riparazione di un danno recato da simili persone?

In altre parole: l'interesse dei terzi dovrà soffrire le conseguenze di siffatto ordine di cose?

Si risponde: nel solo caso in cui l'azione civile abbia per base *un atto relativo alle funzioni* del giudicabile, poichè un'azione civile di tale qualità è soggetta pur essa e dipendente dall'azione pubblica (269).

**135.** Nei numeri 271 sino al 276, il Mangin parla, senza però molto sviluppo, dei conflitti delle autorità amministrative e giudiziarie, il cui effetto è di tener sospese le azioni spiegate avanti i tribunali, con facoltà nel Consiglio di Stato di dirimere il conflitto.

**136.** *Delle cause per cui si estingue l'azione pubblica e l'azione civile.*

L'autore intende non le cause *particolari d'estinzione* di cui ha dovuto occuparsi in altre parti della sua opera, ma le generali e comuni a ogni genere di reato.

Sono cause di estinzione dell'azione pubblica; 1° la morte del reo; 2° la prescrizione; 3° sentenza di assoluzione passata in autorità di cosa giudicata; 4° amnistia; 5° la condanna del prevenuto a pena maggiore di quella che gli dovrebbe essere inflitta pei reati commessi anteriormente a tale condanna (277).

**137.** *Morte.*

Nasce un dubbio rapporto alle ammende prodotte da leggi fiscali, o erariali, *le ammende sono pene, o semplici riparazioni civili?*

Generalmente parlando le ammende sono vere pene, art. 600-601, Cod. di brumaire; art. 9, 464, Cod. pen. (b).

(a) Deve segnarsi come un progresso della libertà giudiziaria, notevole sotto quella legislazione tanto poco liberale.

(b) Gioverà ripetere l'avvertenza, che non facendosi che compendiare il Mangin, le citazioni si riferiscono sempre alla legislazione francese.

Opposizione per parte delle Amministrazioni delle contribuzioni indirette e delle dogane. Hanno preteso di non esercitare che un'azione civile in riparazione del danno che la contravvenzione ha recato al tesoro. La Cassazione ha risposto, che l'azione fiscale dell'ammenda è soggetta alle regole dell'azione pubblica; che in materia doganale la morte del prevenuto estingue l'azione dello Stato, e gli eredi non possono essere molestati. Lo stesso ha giudicato in fatto di contribuzioni dirette (*arr.* 9 déc. 1813, *arr.* 8 *messidor* anno VIII), (*a*) (n. 278, 279).

**138.** Quale influenza ha la morte del prevenuto circa la *confisca* delle cose apprese nell'atto della contravvenzione? Niuna: poichè le cose che cadono nella confisca sono colpite appunto come cose, dapertutto, persino in mano dei terzi. (MERLIN, *Répert.* V. *Tabac. Presid. Barris, Not.* 203, *Cassat.* 9 *prairial* an. IX, e 9. déc. 1813).

Peraltro è d'uopo distinguer bene. Questa dottrina si applica esattamente in tutti i casi in cui la legge pronuncia la confisca di oggetti, derrate, mercanzie, essendo che in essi *esiste la materia del delitto* (*b*), quali sono armi proibite, vaglia falsificati, mercanzie cadute *in commissum*. Ma la morte del prevenuto estingue l'azione pubblica quando la confisca rappresenta un aggravamento di pena personale. Tal è la confisca de' grani perchè commerciati da chi per l'ufficio che esercita non può far quel commercio; dei fondi o attrezzi del giuoco; dei doni che un corruttore ha offerti ad un funzionario, ecc. (280).

**139.** *Sulle spese.*

Le spese non sono pena. Se il condannato muore prima che il suo

(*b*) La Cassazione francese parve vacillare in un tempo posteriore. Per altro non si venne mai a quello che si dice fissare una giurisprudenza contraria. È buono metter ricordo del principio del presidente Barris. « Les amendes ordonnées par les lois fiscales ne sont point une réparation civile *puisqu'elles sont fixes:* elles sont une peine; elles ne peuvent donc être reclamées contre les héritiers du contrevenant lorsque il est décédé avant que la condamnation ait été prononcée définitivement ». Registriamo anche quest'altra proposizione che si legge *nel Dictionnaire des domaines* v° *Amendes de contract.* « Les héritiers des contravenants sont ils tenus des amendes? R. » Les héritiers sont seulement tenus des droits qui étaint dûs par ceux dont ils héritent; mais les amendes de contrevèntion sont personnelles et l'héritier n'en peut être tenu, lorsqu'elles n'ont pas été prononcées contre le contrevenant même ». (V. CHAUVEAU, *Th. du Cod. pen.*, tit. 1, p. 76).

(*a*) *Le délit réside dans ces objets même*, dice impropriamente Mangin.

ricorso in Cassazione sia stato giudicato, si statuisce sulle spese. (*Arrêt 16 janv.* 1811, 10 *févr.* 1814, 18 *mai* 1815) (281).

140. L'azione civile non si estingue colla morte: ciò è indubitato. Ma quando il tribunale penale è investito dell'azione, sia per citazione diretta della parte, sia atteso l'intervento di essa nel giudizio promosso dal pubblico Ministero, la morte del prevenuto fa cessare la competenza, e obbliga la parte civile a portare il suo fardello avanti il tribunale civile ?

Carnot ha detto che il tribunale investito è sempre competente (tit. 1, p. 63, S. observ.). Legraverend, che colla morte la competenza cessa (tit. 1, p. 65) (*a*).

Il Mangin dimostra all'evidenza che amendue codeste opinioni esagerano il vero, comechè ne contengano parte. Non è possibile sostenere in principio che la giurisdizione penale una volta investita, rinuncii al possesso della competenza per statuire sull'azione civile in qualunque stato di cose manchi il prevenuto di vita. In effetto questa giurisdizione non può conoscere che per accessorio dell'azione pubblica; e allorchè questa prima, di una pronuncia definitiva si estingue, sfugge alla giurisdizione penale l'azione civile.

E così riassume l'autore la sua dottrina che credo perfetta (*b*). La morte del prevenuto non ispoglia dell'azione civile la giurisdizione penale, allorchè questa ha definitivamente statuito con sentenza di condanna, anteriore alla morte. Ma se la morte accadde avanti che sia nata sentenza definitiva come sopra si è detto, allora la parte civile è obbligata di portarsi all'altra giurisdizione, rimanendo così senza titolo; e l'azione principale restando estinta, non è competente per l'accessoria. Di questa guisa se la condanna essendo stata pronunciata in contumacia, il condannato muore, o dopo fatta opposizione o correndo il termine per farla, la giurisdizione penale svanisce (282).

141. *Della prescrizione.*

Si hanno prescrizioni di due sorta: prescrizione *dell'azione*, prescrizione *della pena*. Differiscono negli effetti: sono regolate dagli stessi principii.

Qui si parla della prescrizione delle azioni (284).

(*a*) Se non altro come regola generale: mentre lo stesso Legraverend riconosce qualche eccezione.

(*b*) Con questa persuasione io non mi occupo espressamente del tema nel corso dell'opera.

142. L'autore espone i motivi che giustificano la prescrizione dell'azione penale: sono abbastanza noti (285).

143. La prescrizione costituisce una eccezione d'ordine pubblico, d'onde le conseguenze; 1° che può esser proposta in ogni stato di causa; 2° che non vi si può rinunciare; 3° che il giudice la dichiara d'ufficio. (MERLIN *Rèpert.* v° *Délit. forest.*, § 15).

Segue dalla seconda regola che l'autore ha posto, che il prevenuto non può volere essere giudicato quando l'azione è prescritta, neppure dichiarando di rinunciare al beneficio, neppure allegando l'interesse che ha di essere formalmente assoluto dalla imputazione (287, 288) (*a*).

144. Il tempo abile a prescrivere le azioni penali è determinato dalla legge: lascieremo questa esposizione e osserveremo qualche numero più oltre una quistione di diritto transitorio (295).

La regola è, che la durata delle azioni si governa per le leggi che erano in vigore nel momento in cui i fatti che servono di base alla prescrizione, cominciarono ad apparire, e sono tuttavia in vigore nel momento in cui l'azione è intentata.

Ma dei reati possono essere stati commessi sotto l'impero di leggi che furono abrogate prima del compimento della prescrizione; e può anche esser caso che la procedura sia aperta sotto l'impero di una legislazione nuova, e diversa dalla precedente, sicchè il tempo a prescrivere secondo la nuova legislazione sia o più lungo o più breve; ossivero siano cangiate le condizioni dell'acquistarla. Quale delle due legislazioni dovrà attendersi?

Ogni combinazione ebbe il suo sistema e i suoi fautori: ma venne il giorno in cui fu stabilito (decreto del 23 luglio 1810, relativo all'attuazione del Codice penale) che le Corti e i tribunali dovessero ai reati applicare le leggi penali del tempo in cui furono commessi, eccettochè le nuove leggi fossero più miti, nel qual caso le più miti dovevano applicarsi. Allora la giurisprudenza si formò e adottò l'umano principio di applicare la legge più favorevole al reo (295).

145. I *crimini* commessi dai minori di 16 anni (dato che abbiano agito con discernimento) sono puniti correzionalmente. Venuta in

(*a*) La Sezione d'accusa di fatti non darebbe corso a giudizii penali, a verificata prescrizione; e dovrebbe dichiararla, fosse o no sollevata la eccezione. Questa non è propriamente una ragione, ma rappresenta un ostacolo che si troverebbe nel sistema contro il prevenuto che si ostinasse nel voler essere giudicato secondo il merito.

campo la questione della prescrizione, la Corte di cassazione doveva risolvere se si trattasse *di crimine o di delitto*, essendo diverso nell'un caso o nell'altro il termine della prescrizione. La Corte di cassazione, riflettendo alla pena, riflettendo alla competenza correzionale, e considerando che tutto questo non poteva che ai *delitti* convenire, disse che il carattere di crimine era tolto via, e applicò quella legge che concerne la prescrizione non dei crimini ma dei delitti.

Il Mangin pensa, col dovuto rispetto, la Corte di cassazione essersi ingannata. La legge non fa dipendere la qualificazione di un fatto dalla natura della giurisdizione alla quale ne attribuisce il giudizio, ma piuttosto *dal genere della pena*, (art. 1° del Cod. penale).

Il legislatore, mosso da speciali considerazioni, può derogare alla competenza generale di un tribunale per attribuirgli la cognizione di certi fatti che apparterrebbe a un altro Tribunale, senza che tali fatti penali cangino qualità e natura. Anche le Corti d'assisie conoscono di certi reati che sono correzionali ; i delitti di stampa, certi delitti politici, ecc., e non diventano crimini perciò. Così è a dirsi rapporto ai crimini commessi dai minori di 16 anni ; se le leggi del 25 giugno 1824 e del 28 aprile 1832, hanno estesa la giurisdizione dei tribunali correzionali a tali reati, non per questo hanno cessato di esser crimini: la legge stessa così li nomina (*a*) (296, 297).

146. *Prescrizione dei reati di stampa* (*b*).

L'azione pubblica contro i crimini o delitti che si commettono col mezzo della stampa, o con altro modo di pubblicità (*publication*) si prescrive con sei mesi dal fatto della pubblicazione.

Onde questo termine cominci a decorrere, la pubblicazione dev'esser preceduta dal deposito e dalla relativa dichiarazione dell'editore.

Se in questo intervallo è stato fatto qualche atto di procedura o d'istruzione, l'azione pubblica non si prescrive che dopo un anno a contare dall'ultimo atto, anche rispetto a coloro che non si saranno avuti in mira da codesti atti di procedura o d'istruzione.

Nondimeno, trattandosi di offese contro il Parlamento, il termine non decorre durante la sessione.

(*a*) « Les individus de moins de seize ans, qui sont prévenus de *crimes* autre que ceux... seront jugés per les tribunaux correctionnels ».

(*b*) Ho stimato inutile riferire le osservazioni dell'autore dal n. 298 al 309, che riguardando prescrizioni regolate da leggi particolari, che variano secondo i varii paesi, non presentano un interesse proporzionato.

L'azione civile non si prescrive, in ogni caso, che scorsi tre anni, a partire dal fatto della pubblicazione.

Legge (francese) 26 maggio 1819 (310).

Il Mangin nel n. 311, fa queste osservazioni :

Che uno scritto stampato senza previa dichiarazione, o pubblicato senza essere stato depositato, rientra nella disposizione generale del Codice di procedura penale, ed è prescrittibile con tre anni ;

Che uno scritto stampato dopo la dichiarazione, e pubblicato dopo il deposito, non conta il termine della prescrizione che dalla pubblicazione, non mai dal deposito ;

Che un delitto risultante dalla vendita di un'opera vietata, si prescrive in un termine che comincia non dal deposito o dal giorno in cui l'opera fu condannata e vietata, ma dal fatto delle singole vendite.

147. Legraverend ha avuto torto di fare a se stesso queste difficoltà (tomo 1°, pag. 88, numero 27,) : se il termine fatale della prescrizione si estenda alle edizioni successive ; e se scorsi sei mesi dopo la prima apparizione dell'opera, si possa viver sicuri. Il Mangin trionfa facilmente della opinione, per me pure inconcepibile, del Legraverend. Ogni nuova pubblicazione è una nuova scossa dell'ordine pubblico, un nuovo attentato, un reato nuovo (312).

148. Nei numeri 314, 315, si rammentano le leggi disciplinari a cui sono sottoposti gli stampatori ed editori anche dei giornali e scritti periodici.

**149. Il giorno del reato è compreso nel termine della prescrizione (Merlin, *Rép.*, v° *Praescript.*, v° *Délai*, § 4 *bis*, n. 3). In tema di procedura civile l'art. 1033 disse quel famoso, forma eccezione alla regola generale, da non applicarsi quindi alla specialità di questo articolo : parere adottato dalla Camera civile (*Arr.* 9 febb. 1825).**

**L'autore poi crede che in materia criminale non vi possa esser dubbio. Gli art. 637 e 640 del Codice di procedura penale non parlano essi del *giorno del reato?* Del giorno in cui l'azione pubblica può esercitarsi ? Come potrebbe non dirsi compreso il giorno stesso che infine è la interpretazione più utile all'imputato ? (319).**

**150. La prescrizione comincia dal giorno in cui è stato commesso il reato. Chiaro è adunque che se la prescrizione di un reato dipende dal concorso di più fatti, solo dalla consumazione dell'ultimo fatto la** prescrizione comincia (321).

Vi è una difficoltà in tutto questo: il pericolo di confondere i fatti essenziali colle sue conseguenze. Ma bisogna fissare l'attenzione sull'azione in quanto è colpevole e in quanto la legge la punisce: è quello il punto onde comincia la prescrizione se il fatto non sia di natura che abbia tratto successivo (321).

151. L'autore pone qui alcuni esempi.

La *bigamia* non è un reato successivo: consiste nel fatto del secondo matrimonio.

Sono successivi i reati *di arresto illegale e sequestro di persona*. La prescrizione non comincia se non quando il sequestro e l'arresto sono cessati.

Il *ratto* è annoverato fra i reati successivi. È però osservabile, che il Codice penale considera condizione costitutiva di questo reato la età minore (in genere) nei maschi, e nelle femmine l'età minore di sedici anni a rendere inefficace il consenso. Legraverend pensa che quando nel primo caso la vittima ha varcato l'ordinaria età minorile, e nel secondo i 16 anni, il reato ha compito il suo giro e non vi sia più *successività*, di che la prescrizione comincia il suo corso.

Distinguendosi la *fabbricazione del falso* dall'*uso del falso*, l'azione prescrittiva non comincierebbe che dall'ultimo atto, da quello in cui l'uso del falso è cessato.

Il reato *d'usura abituale* finirebbe egualmente coll'ultimo atto usurario (*a*). Il decorso dell'interesse è stato con ragione valutato come fatto d'usura. (Cass. 25 febb. 1826) (322, 327).

In materia di *bancarotta fraudolenta*, la prescrizione si fa cominciare dal giorno in cui i fatti di frode *furono commessi:* non dal giorno in cui il fallimento è dichiarato. La ragione vera è questa: che il giudizio che dichiara il fallimento non ha autorità, non ha influenza, è estraneo all'esercizio dell'azione pubblica (328).

152. *Delle cause che interrompono la prescrizione.*

Il diritto penale non ammette tutte le cause che in civile interrompono la prescrizione. Nasce da ciò che la prescrizione, in diritto civile, si fonda sulla presunzione legale di acquisto o liberazione; in criminale, sulla presunzione legale che le prove, vuoi della reità o della innocenza, sono divenute impossibili. Così è di altro luogo la massima, *contra* non *valentem agere currit praescriptio* (334).

(*a*) Non è reato secondo la nostra legge penale.

153. S'incontrano però talvolta degli ostacoli al decorso della prescrizione nelle operazioni stesse della legge.

Laonde la prescrizione dell'azione pubblica non corre contro i reati la cui decisione è subordinata a un'azione pregiudiziale, e pendenti i termini di sospensione che ne conseguono.

La prescrizione dell'azione pubblica non corre, pendente *l'autorizzazione*, nei casi in cui è necessaria (335, 336).

154. Una terza conseguenza sarebbe; che procedendosi ad un tempo contro un individuo *per crimine e per delitto*, e che lo stato d'accusa è limitato al crimine, la prescrizione per quanto riguarda il delitto, rimane sospesa fino al giudizio definitivo sull'atto di accusa. Questo avviene perchè l'accusa relativa al crimine sospende *la prevenzione sul delitto*, ossia il giudizio sul delitto per l'assorbimento che potrebbe derivarne della pena del delitto, onde sarebbe prematuro il procedere contro di esso.

Il Mangin fa qui un rilievo: dice che questa dottrina che ha l'appoggio di più decisioni nella Corte suprema (19 genn. 1809, 28 agosto 1823), parte della impossibilità in cui si trova il pubblico Ministero di muovere la procedura sul delitto, prima che sia stato definitivamente statuito sul crimine (*a*). Il Mangin osservò che altro dovrebbe dirsi in fatto di *reati connessi* per cui ha luogo la procedura contemporanea (337).

155. Si prescrive la pena eziandio, ma dopo la sentenza definitiva, irretrattabile, che s'intende essere quella sentenza contro la quale non si dà opposizione o appello; poichè mentre si è ancora in tempo per esercitare o l'uno o l'altro di codesti rimedii, non si può concepire prescrizione di una pena che non si deve ancora subire. Ond'è che il Codice di procedura non fa decorrere la prescrizione *della pena* irrogata da sentenze correzionali che dalla data della sentenza proferita in ultimo grado: quanto dire dal giorno in cui la sentenza non può più essere attaccata per via d'appello, se fu proferita in prima istanza.

Merita osservazione, che la sentenza del giudice correzionale secondo l'articolo 187 del Codice d'istruzione deve essere notificata al prevenuto per far correre il termine della opposizione o dell'ap-

(*a*) La questione appartiene alla teoria *dell'assorbimento*. Capo ultimo.

pello, onde, se non fu regolarmente notificata nel tempo atto a prescrivere, la prescrizione è avvenuta.

Legraverend ha detto in materia di sentenza contumaciale: se si è lasciato scorrere un triennio senza farne notificazione, è prescritta *non la pena ma l'azione* (338, 339).

156. La sentenza in contumacia, fa cessare *la prescrizione dell'azione pubblica* e *cominciare quella della pena*.

Ma il condannato in contumacia può domandare per capo d'irregolarità l'annullamento della procedura allo scopo di sostenere che l'azione anzi che la pena venne in prescrizione, essendo noto che questa ultima ha un tratto molto più lungo?

La questione essendosi presentata due volte sotto l'impero del Codice di brumaire anno IV, la Corte di cassazione la deciso negativamente, poichè la sentenza contumaciale ha una esistenza che non può più essere rivocata in dubbio, ed ha compito il suo effetto nell'atto stesso in cui *l'arresto* la risolve e la riduce al nulla (*arr.* 8 giugno 1809, e 7 aprile 1820). Lo stesso concetto si rileva nell'art. 476 del Codice d'istruzione criminale (340).

Il condannato deve starsene contento al diritto di essere giudicato di nuovo; non può suscitare questioni che gli rendano utile la sua inobbedienza (341, 342).

157. La prescrizione s'interrompe da un atto d'istruzione o procedura (art. 637, 638 *Cod. d'instruct.*), mentre nell'antico diritto criminale, nè le denuncie o querele, nè gli stessi decreti, se non eseguiti, non interrompevano la prescrizione.

Ecco un criterio molto saggio a mostrare che sia un atto d'istruzione o di procedura in questo punto di vista. « Ogni atto avente per oggetto sia di ricercare la prova del reato e della colpabilità, sia di assicurare la persona del prevenuto ». (*Cassat.* 14 luglio 1816) (342, 343).

Tali atti però devono essere emanati da funzionarii pubblici che sono a ciò preposti. E non sarebbe uno di questi fatti un processo verbale redatto da un funzionario che non avesse dalla legge la missione di farlo. Non sarebbe tale una denuncia inviata a tribunale straniero (344).

158. Ma gli *atti della parte civile* diretti ad ottenere la soddisfazione del danno, interrompono la prescrizione dell'azione pubblica?

L'autore propone due ipotesi: o la parte lesa ha portata la sua

azione alla giurisdizione civile, ovvero alla penale e si è costituita parte civile.

Nel primo caso, il tribunale civile può avere ordinata la sospensione dell'azione civile, finchè sia giudicata definitivamente l'azione pubblica, già intentata. E allora non resta più altro a fare alla parte civile. Ma se non è stata ordinata la sospensione, non avendo il pubblico Ministero spiegata l'azione pubblica e il processo civile proseguendo nell'ordinario suo corso, l'autore non sa comprendere come l'azione pubblica possa dirsi conservata (secondo la non ammessa opinione di Carnot) dagli atti e pratiche della parte lesa e dai giudicati ch'essa ottiene. Come simili atti possano dirsi *d'istruzione e di procedura*, e derivati da pubblici funzionarii.

O la parte lesa ha portata la sua azione avanti i giudici dell'azione pubblica, deve una di queste due cose avvenire: o che il tribunale è investito ad un tempo dell'azione pubblica o non lo è. Nel primo caso, le due azioni camminano distinte, e la diligenza della parte civile non vale a sostenere la caduta dell'azione pubblica (*a*), supposto che l'azione pubblica debba cadere. Se poi il Ministero pubblico non è venuto a dare il suo appoggio all'azione civile, da questa non può uscire veruna influenza utile all'azione pubblica, e perchè il movimento dell'azione privata non ha veruna virtù per suscitare l'azione pubblica (*b*), e perchè è fermo, non potere i tribunali penali conoscere delle azioni civili che per accessorio dell'azione pubblica.

L'autore conclude che gli atti della parte lesa non interrompono il corso della prescrizione dell'azione pubblica (351, 352, 353).

159. Volendosi dall'altro lato esaminare se il procedere del pubblico Ministero interrompa la prescrizione dell'azione civile, non vi può essere dubbio ognorachè l'azione pubblica si associa all'azione civile.

Ma dove la parte lesa non abbia prodotte le istanze per i suoi risarcimenti civili che posteriormente all'apparizione dell'azione pubblica, e forse dopo che ne fu dato giudizio, e la prescrizione dell'a-

(*a*) Si eccettua il caso che la parte civile abbia formata opposizione a una ordinanza della Camera del Consiglio che ha stanziata *la messa in libertà* del prevenuto. È tale opposizione che sostiene l'azione pubblica e investe la Camera d'accusa. *Mangin*.

(*b*) Da questo in fuori che la parte lesa usi *la citazione diretta* nelle cause correzionali e di polizia.

zione civile interrotta dall'esercizio dell'azione pubblica, ha ripreso il suo corso a contare dall'ultimo atto del processo, o dallo stesso definitivo giudizio? La sospensione della prescrizione dell'azione civile è indubitata conseguenza della legge che vuole sospesa l'azione civile sino all'esaurimento dell'azione pubblica (354).

**160.** La *citazione* che il pubblico Ministero o la parte civile manda al prevenuto, è interruttiva di prescrizione quando è fatta a giudice *incompetente?*

Sono interruttivi della prescrizione gli atti d'istruzione o di procedimento: ed hanno a questo effetto una virtù loro propria senza che vi si debba aggiungere altro atto del tribunale a sancire la competenza. Lo stesso si dirà della citazione della parte civile; essa ha già prodotto l'effetto d'investire di giurisdizione un tribunale, e obbligare la parte contraria a comparire e difendersi. *Regolare nella forma* ha un carattere legale ed è un vero atto processale, sebbene erroneo in fatto di competenza (*a*).

Questa è la dottrina della Cassazione, attuata dalla sua decisione del 18 gennaio 1822, che è messa in relazione cogli art. 2246, 2247 del Codice civile, (agg. *arr.* 25 *nov.* 1830, 4 *août* 1831) (356).

**161.** Le regole generali sulla prescrizione delle azioni si restringono in materia di contravvenzioni di polizia, art. 640 del Codice d'istruzione. Qui tutto sembra preveduto affinchè la prescrizione di simili trasgressioni, che appartengono al diritto penale positivo, non dipendano che da una sola condizione, limitata ad un anno (359).

**162.** Vorrà concludersi da ciò che in fatto di contravvenzioni di polizia il corso della prescrizione non possa giammai interrompersi? Certo no. Vi hanno posizioni nelle quali il Ministero pubblico e la parte civile sono *nella impossibilità di agire;* e in questo stato di cose l'azione non si prescrive (*b*).

La questione per altro che fa qui l'autore è questa: se riprendendo la prescrizione il suo corso quando cessa l'ostacolo, sia necessario che decorra *ex novo* tutto il tempo che la legge assegna all'effetto della

(*a*) La citazione *nulla per vizio di forma* non interrompe la prescrizione: principio del diritto civile che si estende altresì al penale: *quod nullum est non parit effectum.* MANGIN.

(*b*) Per esempio quando una questione pregiudiciale ritarda *ex necesse* la cognizione del merito.

prescrizione, o si conti a vantaggio del prescrivente anche quell'intervallo che è passato dal giorno della contravvenzione sino a quello in cui cominciò pel tribunale l'impedimento ad agire?

In massima l'autore respinge questa teoria, mentre, secondo lui, dovremmo introdurre nel seno del diritto penale quelle *regole sospensive della prescrizione* che sono in uso nel diritto civile (*a*), e partono da uno stato di incapacità e d'impotenza ad agire o consentire; e queste cause sono affatto estranee al penale. La prescrizione penale ha una base diversa, si è già detto (*b*): si presume il deperimento della prova, ma non è lecito presumere il deperimento della prova solo perchè si soprasiede per qualche ragione d'ordine, nel giudizio del merito.

E l'autore, scendendo nel campo pratico, vuol mostrare, che se si addottasse la dottrina contraria, in qualche caso mancherebbe letteralmente il tempo per giudicare il merito (360).

163. *Della influenza della prescrizione dell'azione pubblica sull'azione civile.*

L'azione civile si prescrive nel tempo in cui l'azione pubblica si prescrive (*c*).

Le azioni civili, partorite dal reato, non si prescrivono colle regole del Codice civile come quelle azioni che sono l'effetto delle convenzioni; ma informate dalla legge penale, devono essere proposte nel termine che questa medesima legge assegna alla prescrizione. Ma l'autore avverte, che qualora tali azioni civili siano nel termine utile proposte, allora la durata e termine della procedura, e la permanenza e conservazione dell'azione, dipendono dalla natura del procedimento che si è scelto, civile o criminale e dalle rispettive leggi che lo governano (363).

(*a*) Ad esempio: la minorità, l'interdizione, ecc.

(*b*) Vedi sopra il numero della serie nostra 152.

(*c*) Derogò a questo principio la legge 26 maggio 1819, disponendo che l'azione civile risultante da reato commesso per mezzo della stampa, non si prescrive che nello spazio di tre anni dalla pubblicazione, mentre l'azione pubblica si prescrive nel termine di sei mesi.

L'art. 12 della nostra legge sulla stampa (26 marzo 1848) dispone che l'azione penale nascente dai reati di stampa, si prescrive con tre mesi dalla data della consegna della copia al pubblico Ministero; e quanto ai periodici, dalla data della loro pubblicazione, salvo il prescritto dell'art. 52.

164. Da che l'azione civile si prescrive collo stesso termine dell'azione pubblica non ne discende che l'azione pubblica importi sempre e necessariamente la prescrizione dell'azione civile (364).

165. La querela di parte non interrompe la prescrizione dell'azione pubblica; ma ch'essa interrompa la prescrizione dell'azione civile, non può dubitarsi.

La inazione del pubblico Ministero non può togliere alla parte privata le facoltà che le derivano dalla legge per esercitare e conservare i proprii diritti (365).

166. Le riparazioni civili che derivano dal reato, sotto qualunque forma o di danni e interessi, o di restituzione, sono ravvolte e spariscono nella prescrizione, ma bisogna guardarsi dal confondere *le riparazioni civili che nascono dal delitto* e hanno in quello il loro fondamento, *colle azioni che emanano da contratto preesistente:* ossia *l'azione ex contractu* coll'azione *ex delicto*. La durata, per esempio, dell'azione di deposito, di mandato, è regolata dalla legge civile: il reato del debitore od obbligato non ha potuto cangiare il contratto, alterare il diritto del creditore, menomare il tempo datogli all'esercizio de'suoi diritti. Se il dolo di costui ha causato un danno di natura *diversa da quello* che risulta dalla distrazione o dispersione della cosa che gli venne affidata in forza del contratto, l'azione del danno è del risarcimento, quell'azione cioè, che d'ordine civile, pure nasce e germina dal delitto, deve istituirsi nel tempo prescritto dalla legge penale. Non così l'azione nascente dal contratto; come fu deciso nell'*arr.* del 25 *janv.* 1822. Agg. *arr.* 26 *mars* 1829 (*a*) (366 a 368).

167. *Della cosa giudicata.*

Posti gli effetti più generali e più noti della cosa giudicata, nel n. 372, il Mangin ricorda, che la cosa giudicata estingue l'azione pubblica; che può opporsi in ogni stato di causa; che niuno può rinunciarvi e il giudice deve applicarla d'ufficio; e queste due ultime regole sono proprie del diritto penale e non comuni al civile.

168. Producono la cosa giudicata eziandio quegli atti e giudicati

(*a*) L'autore svolta la teoria (che in fine si riduce a questi pochi principii) fra le sue conseguenze pratiche, nota che *la domanda di restituzione delle usure* non si prescrive che conformemente alle leggi civili, poichè il delitto *d'abitudine usuraria* non risultando *che dalla unione di più fatti della medesima natura*, nessun fatto singolo è delitto.

che non sono irreprensibili, che anzi sono viziati e annullabili, se non furono attaccati per le vie di ragione. La Cassazione quando pronuncia *nell'interesse della legge*, non nuoce ai diritti delle parti (a) (376).

169. *Formano cosa giudicata.*

1° Le ordinanze d'assoluzione rese dal presidente della Corte d'assise; i decreti e sentenze delle Corti e dei tribunali in materia penale;

2° Le dichiarazioni del giurì;

3° Le ordinanze di Camera di consiglio e i decreti della Camera delle accuse (381).

170. La dichiarazione del giurì è una vera cosa giudicata; essa esiste indipendentemente dalle sentenze che ne conseguono. Tanto è vero, che le sentenze della Corte d'assise possono essere cassate, restando ferma la dichiarazione del giurì (384).

171. Le decisioni della *Camera di concilio* sono provvisorie, e devolute di diritto alla Camera (sezione) d'accusa quando dichiarano che vi hanno prove sufficienti per inviare l'imputato alla Corte d'assisie (b). Se codeste decisioni sono liberatorie dell'imputato, non sono suscettibili che di opposizione. La opposizione si deve dal procuratore del re, o dalla parte civile: non più tardi delle 24 ore. L'effetto della opposizione è di portare la causa alla Camera d'accusa.

La Camera d'accusa — o sia adita in forza della opposizione elevata contro la decisione della Camera di consiglio (decisione del tribunale di prima istanza formato in Camera di consiglio) — o si trovi nella sua naturale giurisdizione per trattarsi di affari di competenza della Corte d'assisie, o da ultimo, sia direttamente invocata dall'ufficio di

(a) L'autore occupa tre lunghi paragrafi (dal 377 al 380) ricercando ed esaminando se le decisioni con cui la Corte di cassazione, sopra domanda mossa *per parte del Governo* (coll'organo del procuratore generale della Corte) cassa sentenze *contrarie alla legge*, fuori dei termini alle parti accordati per ricorrere, se tali decisioni siano per estendere, in qualche caso almeno, i loro benefici effetti sino a favorire le parti che furono lese dalle sentenze intrinsecamente nulle per dolo e frode. Vedremo più avanti che questo gravissimo dubbio (almeno così apparve alla mente di solertissimi autori), aveva la sua ragione in un articolo della legislazione francese che noi non abbiamo adottato.

(b) È noto che questo sistema non era stato ricevuto, prima d'ora, nella nostra procedura penale: sistema però che torna a comparire nella legislazione nuova onde le osservazioni del Mangin tornano ad avere importanza anche per noi.

istruzione, decide essa pure ordinando che l'imputato sia messo in libertà se non vi sono indizii sufficienti di colpabilità; o rinviandolo, nel caso inverso, al magistrato competente per il giudizio (385).

172. Le sentenze che dichiarano non essere luogo di aprire lo stato d'accusa, e inviare il prevenuto alla Corte d'assise hanno autorità di cosa giudicata: *ma la perdono* all'apparire di novelle prove. (Art. 246, *Cod. d'instruct. franc.*) (a) (386).

La stessa autorità è attribuita ai decreti della Camera di consiglio se non fu praticata la via dell'opposizione (387).

173. Che sono le *charges nouvelles* dell'art. 246? « Le prévenu à l'égard duquel la Cour royale aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à la Cour d'assises, ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins *qu'il ne survienne des nouvelles charges* (b).

Sono *charges nouvelles* eziandio le prove che si discoprono: quelle prove che prima non si avevano; senza le quali fu decretata la liberazione, di sua natura provvisoria (c) (388).

174. Ma *provvisorie* non si diranno le sentenze delle Camere di consiglio o di accusa che non si limitano a decidere che allo stato delle cose non si hanno prove sufficienti, ma risolvono il processo per motivi e ragioni di diritto. Suppongasi una eccezione perentoria, nascente dalla prescrizione, dall'amnistia, dalla cosa giudicata (390).

175. *Delle condizioni che devono concorrere a costituire la cosa giudicata.*

Che la sentenza sia divenuta *irrevocabile;*

Che vi sia *identità di persone: identità di causa.*

La sentenza di cui parliamo dev'essere propriamente tale; che de-

(a) Art. 433, Cod. di proc. pen. del 1859, ital.

(b) Noi traduciamo (art. 433), *nuove prove a suo carico.*

(c) Questa è la chiara spiegazione che ne dà l'art. 247 del Cod. di proc. franc., conforme ad esso è la seconda parte del nostro 433 (Cod. del 1859). Del resto se il vocabolo piuttosto equivoco, del *charges nouvelles*, poteva far confusione *colle prove dei nuovi aggravii*, e se invece emergono nuove dimostrazioni di aggravii forse preesistenti e presentiti, non è più possibile il dubbio colla espressione che usiamo noi — nuove prove a carico — che fa vedere chiare le cose. Appena accenno in questa nota una opinione del Carnot, riferita al n. 389 del Trattato, che avrebbe amato che il caso, e diremo la provvidenza, *la terra stessa in che è sepulto*, rilevasse il *maleficio occulto*, senza veruna industria e fomento dell'opera magistrale, senza che a questo effetto potesse adoperarsi il pubblico Ministero od altra autorità qualunque.

cida la quistione di cui si tratta, che sia suscettiva di esecuzione (392, 393).

176. Non è irrevocabile la sentenza finchè rimane aperta una via alla sua oppugnazione: tale è una sentenza di condanna proferita in contumacia. *Di condanna*, avvertasi, non già di assoluzione; la sentenza assolutoria è immutabile a favore dell'assolto, nonostante la stessa di lui rappresentazione (a) (394, 395, 396).

177. Quando si parla di assoluzione da crimini o delitti, non s'intende parlare *delle circostanze aggravanti* che un decreto di condanna in contumacia potrebbe aver respinte. La comparsa del contumace riduce al nulla il giudizio tutto quanto: la dichiarazione del reato non esiste più, quindi neppur quella delle circostanze, qualunque siano. Tutto adunque ritorna in quistione, tutto deve dibattersi ancora (397).

178. Il condannato in contumacia a pene correzionali non può esimersi dal nuovo giudizio, neppure, se presentandosi, dichiari di accettare e di volere per contro si eseguisca la sentenza. La condanna non esiste più. Il rinnovamento del giudizio è nell'interesse del diritto come in quello del prevenuto. (Merlin, *Répert.* v° *Contumace*, § 3, n. 6) (398).

179. Il principio *della identità delle parti* eccita una questione che ha tratto alla identità del complice.

Osserva il Mangin che nell'antico diritto criminale era insegnato, che la sentenza di assoluzione profittava al complice, poichè quando si tratta di fatto unico e di unica difesa (et que les défenses que les accusats peuvent opposer sont les mêmes) il principale accusato e il complice sono le stesse persone (*Jousse*, t. 3, p. 21).

Questa dottrina deve intendersi con una restrizione necessaria. Se il principale accusato fu assolto per ragioni a lui personali, perchè fu escluso dalla sua azione il dolo, o perchè il dolo non fu provato, come potrà la sua assoluzione giovare ai coautori e complici che non fossero in quel caso?

Si fa un'altra ipotesi che è più grave: che la sentenza di assoluzione abbia dichiarata *la non esistenza del delitto*.

Anche qui si risponde che tale giudicato non impedisce che l'azione

(a) S'intende quando il pubblico Ministero o la parte civile non abbia approfittato dei mezzi legali di opposizione.

pubblica si muova a ricercare altri colpevoli, dovendosi intendere la dichiarazione *rispetto a colui che fu imputato ed assolto ;* e non toglie che vi siano altri colpevoli (400).

180. Fingete invece reato essenzialmente personale: bancarotta, bigamia, falso in operazioni d'ufficio; e si è deciso che bancarotta non c'è, nè bigamia, e che l'atto redatto dal pubblico ufficiale non è falso ma vero. Ebbene: potranno dopo ciò colpirsi degli individui che in quel giudizio non intervennero, dei terzi insomma?

L'autore è persuaso che non si possa.

Dopo avere rammentate due decisioni della Corte di cassazione, fra loro contrarie nella medesima causa, l'autore vede con piacere confermata la giurisprudenza ch'egli stimò migliore, in due decisioni della stessa Corte di cassazione, di un'epoca meno rimota, del 22 gennaio 1830 e 17 marzo 1831.

Trattavasi di due individui messi in accusa, l'uno quale colpevole di bancarotta dolosa, per avere sottratto a'suoi creditori parte della sostanza; l'altro qual complice per avere maneggiata col principale colpevole quella sottrazione. Il giurì assolveva il primo e condannava il secondo attesa la indicata complicità.

La Cassazione disse: che se un principale accusato è dichiarato non colpevole, e il tradotto in giudizio come complice è dichiarato colpevole, non vi è contraddizione qualora vi sia un fondo (un corpo di delitto) cui sia possibile alla complicità di *se rattacher avec l'auteur de ce délit* che non si conosce: ma quando la dichiarazione del Giurì faccia aperto, che non vi è nè corpo di delitto nè autore, la complicità non ha sustrato, non si appoggia in nulla, è chimerica;..... ed è una contraddizione manifesta il dire, essere escluso che il commerciante fallito, accusato di bancarotta dolosa, abbia fatte le supposte sottrazioni o distrazioni a danno dei suoi creditori, e che per conseguente non vi ha bancarotta dolosa, e il dire che vi è un complice che ha cooperato nelle sottrazioni e distrazioni al primo imputate.

A queste osservazioni della Corte aggiunge il Mangin, che il condannato poteva bensì essere colpevole di frodi a danno della massa, non ritenersi complice di una bancarotta che non era mai esistita.

E ne conclude. Se il reato che dà luogo al processo deve avere per necessario elemento un reato anteriore; se è stato giudicato che questo reato non esiste, tale sentenza ha una influenza decisiva in questo

secondo giudizio, benchè il prevenuto non abbia fatto parte del primo (400, 401).

181. *Identità del fatto o delitto.*

Se parliamo, come dobbiamo parlare, di fatti *posteriori* alla sentenza di assoluzione, questi potranno dirsi della medesima qualità e natura del fatto precedente, ma sono di necessità distinti e separati da quello. Tizio assolto dall'accusa di complicità di furto per ricettazione, può essere processato per altri fatti di ricettazione posteriormente commessi, quantunque si rannodino al medesimo furto. E così dite di altri casi simili.

Nondimeno non sono a considerarsi fatti distinti da quello che fu giudicato, quei fatti particolari che sono invece ad esso inerenti. Così un tale accusato di furto commesso in una casa, può subire tanti giudizii quanti sono i diversi proprietarii che vi abitano; non quanti sono gli oggetti che si dicono involati, semprecchè non si tratti di sottrazione dolosa consumata in diversi tempi. Il furto è un tutto indivisibile, quanto alla procedura, qualunque sia il numero degli oggetti che abbraccia; la sottrazione di ognuno di codesti oggetti non è che un elemento particolare dell'azione (403, 404).

182. Ognora che un reato deve comporsi di più fatti particolari, quale sarebbe *l'abitudine usuraria*, il *lenocinio* (a), il giudizio abbraccia tanto i fatti posti nell'accusa come suo fondamento, quanto quelli che si verranno rilevando nella discussione, e non si dirà mai che occorrono distinti giudizii.

Secondo il diritto civile la *eadem causa* è una delle condizioni indispensabili della cosa giudicata. Bisogna guardarsi dal confondere *diversità di causa* o *diversità di mezzi*. Un mezzo nuovo non è una causa nuova. Colui, per es., che soccombe nella sua domanda di nullità di un testamento fondata su ciò che uno dei testimonii era in età minorile, non è ammesso a riprodurre la medesima domanda pel motivo che un altro testimonio è straniero: la domanda è sempre quella nè altrimenti può essere lecito intentare *un nuovo processo* per uno stesso delitto a pretesto che si sono scoperti fatti prima ignorati; poichè questo in fine non è altro che riassumere la stessa accusa con nuovi mezzi.

(a) Questo esame è di vera utilità come teoria; vedremo quale applicazione possa avere in ordine al nostro Codice penale.

Forte di queste idee, l'autore critica una sentenza della Cassazione del 5 agosto 1826: ma possiamo passarcene non senza tener conto di un esempio che arreca lume. Uno fu accusato di violato deposito, per aver disfatte, *snaturate*, le materie a lui depositate, e di aver con ciò approfittato del valore, subì il giudizio, e venne assolto. Egli non può più essere ricercato per quest'altro fatto che, non già *snaturate*, ma appropriate si avesse le cose stesse, le cose in natura; imperocchè la causa resta sempre *la même*, cioè la violazione del deposito (405).

183. L'autore dice di voler applicati questi medesimi principii alle complicità; e di portare opinione che un individuo accusato di complicità e per certi fatti preveduti dal Codice penale, ed assolto, non può più essere processato per altri fatti di complicità, per avventura non venuti a cognizione di quei giudici. *La complicité est un fait indivisible dans la poursuivite* (406).

184. Ora trattasi di sapere se, in reati connessi (*a*), il giudizio emanato rapporto a taluno di essi faccia stato rapporto agli altri.

Certamente la sentenza ha questo effetto se non sia possibile giudicare diversamente senza vera e propria contraddizione.

Ma, eccetto il caso di naturale e reale inscindibilità, il fatto benchè connesso, può servir di base a nuovi procedimenti giudiziarii. E invero, che importa che due fatti siano nati insieme, abbiano una coesistenza d'origine, se poi il giudizio è caduto sull'uno e non sull'altro? (*b*)

Riferiamo due soli esempii che chiariscono la dottrina del Mangin; amendue avverati sotto l'impero del Codice d'istruzione.

Un notaio, assoluto dall'accusa di falso, commesso nell'esercizio delle sue funzioni allo scopo di ottenere l'aggiudicazione in proprio nome di un immobile ch'egli aveva mandato di vendere, può essere processato e condannato pel titolo di aggiudicazione procuratasi per interposta persona, che è delitto secondo l'art. 175 del Cod. pen. franc. (*Arr.* 26 *vent.* anno XI).

(*a*) Per una di queste cause: o perchè gli uni sono stati commessi per procurarsi i mezzi di commetter gli altri; o per facilitarne e consumarne la esecuzione o per assicurarne la impunità.

(*b*) E così si dirà dell'atto d'accusa nel quale piuttosto un fatto che l'altro sia stato compreso, dopo cessato il soverchio rigore del Codice *di brumaire* che (quanto ai *crimini*) ordinava di riunire nell'atto d'accusa, sotto pena di nullità, *tutti i reati connessi* che furono materia della informazione.

Uno assolto da reato di omicidio accompagnato da furto, può essere processato di nuovo per aver ricettati tutti o parte degli oggetti furtivi; e il processo può essere esteso anche alla investigazione dei fatti anteriori che si trovassero connessi a quelli dell'accusa (407, 408).

185. Da un medesimo fatto possono scaturire più reati: così gli stessi colpi che hanno prodotta la morte di un uomo possono rappresentare un omicidio doloso, o semplicemente colposo; degli attentati reiterati al pudore possono costituire uno stupro, o un eccitamento alla corruzione; una pozione avvelenata, se non fu causa di morte, potè procurare l'aborto, ecc. Ora si domanda se l'assoluzione che altri ha conseguita nelle accuse di omicidio per ferite o per veleno, e di attentato violento al pudore, comprenda ed involva assoluzione dai reati di omicidio colposo, di corruzione od offesa al pudore, di procurato aborto.

I Romani risolvevano nettamente la questione a favore della pluralità dei giudizii (*L.* 9, *C. de accus. et inscript.*).

Il criterio è diverso secondochè si prenda a guida o il Codice di brumaire, o quello dell'*instruction crimin.* Il primo ordinava che i giurati s'interrogassero *sulla materiale esistenza del fatto, e della partecipazione dell'accusato*, ed inoltre, *sulla gravità maggiore o minore del reato secondo i risultamenti dell'atto d'accusa del dibattimento e delle difese*. Non dovevano adunque i giurati, per questa legge limitarsi a statuire sul fatto tal quale l'atto d'accusa lo aveva qualificato, ma dovevano eziandio esaminarlo in se stesso e in tutte le sue attinenze colla legge penale: tutto il fatto insomma in tutte le sue diramazioni, e non solamente quello che era circoscritto nei confini e termini dell'accusa. Al contrario, il Codice di procedura segna all'esame e cognizione dei giurati i termini stessi dell'accusa (*a*).

L'illustre autore, da questa differenza delle due legislazioni dello stesso paese, trae cagione di conseguenze affatto opposte. Secondo la più moderna di esse, quella che si deve seguire, i giurati non spaziano più, o almeno non hanno obbligo di spaziare per tutto il campo che il fatto può presentare alla osservazione; ma per regola si limitano all'atto d'accusa. Perchè adunque quelle più vere e rette qualifi-

(*a*) « L'accusé est-il coupable d'avoir commis *tel meurtre*, *tel vol*, *ou tel autre crime* avec toutes les circonstances comprises dans l'acte d'accusation? » Articolo 327.

cazioni del fatto che non furono comprese nell'atto d'accusa non potranno essere in altro giudizio apprezzate?

Questa giurisprudenza fu consacrata da una decisione della Corte di cassazione 29 oct. 1812, affaire Diffis (a).

Altre decisioni ancora sono addotte dal Mangin 22 novembre 1816, 1° maggio 1829, e queste sono di applicazione più precisa.

Resta solo che risulti chiaramente che i giurati non poterono coll'ampiezza della loro dichiarazione comprendere e risolvere implicitamente la nuova quistione (409).

**186.** L'autore crede che non sia questo il caso in cui il Ministero pubblico deve fare delle riserve; regola che per altro fine è scritta nell'art. 361, del Codice d'instruct. (410).

**187.** L'autore estende la sua dottrina ai decreti della Camera di consiglio e di accusa: osserva che anche sotto l'impero della nuova legislazione quei magistrati devono invece portare i loro sguardi su tutte le forme del fatto e sopra ogni sua efficienza: ma coi motivi (o forse anche fuori dei motivi, quando non ce ne fossero) si vedrà facilmente se il decreto contenga e pregiudichi la questione nuovamente proposta (411).

**188.** *Della influenza che esercita sull'azione pubblica la cosa giudicata in civile, per converso della influenza sull'azione civile della cosa giudicata in penale.*

Comincia l'illustre autore dal rammentare i dissidii di Merlin e di Toullier (b), e i giudizii che ne ha portato Dalloz. Esamina rapidamente e a colpo sicuro la differenza e si decide quasi del tutto per la opinione di Merlin. Ciò nel corso dei (413, 414, 415, 416, 417) (c).

(a) Non però direttamente ma per induzione. Giovanni Diffis, accusato d'omicidio, era stato assoluto dal giurì con questa (solita) formula. — *Non: l'accusé n'est pas coupable.* Il pubblico Ministero promosse allora l'azione di *omicidio per imprudenza* o *colposo.* La decisione considerò che l'atto di accusa era ristretto ad un omicidio specificato volontario; che tutto ciò che potesse aver rapporto ad un omicidio involontario, era fuori dell'atto d'accusa; che avrebbe dovuto concludersi da ciò essere legittima la nuova istanza per dichiarazione d'omicidio involontario — ma che la risposta del *giurì era generale;* l'accusato *non essere colpevole,* dunque neppure d'omicidio involontario essere colpevole; e dover prevalere il favore dell'interpretazione più utile all'imputato.

(b) Toullier, tom. VIII, a. 30 e seg., e t. X, n. 240 e seg. — Merlin, Quest. v° *foux*, § 6. — Dalloz, t. IV, p. 239 e seg.

(c) La discussione è forse troppo lunga in Mangin. Sono quistioni che sembrano

189. *Della influenza sulla azione pubblica della cosa giudicata civile.*

O la questione decisa dal tribunale civile era *pregiudiziale* all'azione pubblica, o non lo era.

Se era pregiudiziale, niun dubbio che la sentenza non influisca in modo decisivo sull'azione pubblica.

O la istanza civile non è pregiudiziale all'azione pubblica, la decisione che ne venne, non potè nuocere in veruna maniera all'esercizio dell'azione pubblica (418, 419, 420).

190. *Della influenza che ha la cosa giudicata in penale sull'azione civile.*

1ª *Ipotesi.* — La sentenza dichiara che il fatto è costante, e che l'accusato è colpevole.

Potrà mai il condannato sostenere in civile che quel fatto non esiste e che egli non fu colpevole?

No: e ciò perchè la questione di colpabilità è pregiudiziale, e quella che concerne le reintegrazioni civili, è consequenziale. Il quale effetto giuridico si diffonde eziandio a tutti quei terzi che vi hanno interesse (423).

2ª *Ipotesi.* — La sentenza criminale dichiara che il fatto non esiste, ovvero che l'accusato non lo ha commesso.

Non resta più azione civile, pei danni e interessi a favore della parte, sia o no intervenuta nel giudizio pubblico: eccoci ancora a fronte di una questione pregiudiziale decisa (423, 424).

191. Le quistioni di falso sogliono presentarsi come specialità. Il Mangin esamina le specie seguenti.

Il Ministero pubblico ha promossa un'accusa di falso, risolta a favore del prevenuto con una decisione, che l'atto di cui si tratta, non è falso.

Si potrà rinnovare la disputa al tribunale civile, nell'aspetto di falso incidente?

Se l'imputato era parte nel giudizio civile, il dubbio rimane sciolto dall'art. 214 del Codice di procedura civile. Ma se al contrario non

scemare d'importanza col tempo; o piuttosto i loro autori gliene diedero troppa. Il solo sunto della dottrina ci costerebbe troppo spazio. Sarà meglio riprenderla § CI) in una forma più semplice e aggiungervi le nostre osservazioni che avranno almeno il pregio di essere ultime; non dirò le ultime.

intervenne: nel caso, per es., di un notaio che fu accusato di aver commesso una falsità in un atto del suo ufficio, che fu assoluto dal giurì, e mai non intervenne nel giudizio civile? I terzi che possono avervi interesse, saranno ammessi a piatire ancora delle falsità in via di falso incidente?

Non saranno ammessi.

Direbbero invano ch'essi non presero parte nel giudizio criminale, imperocchè per essi e a rischio pericolo e vantaggio di tutti gl'interessati del mondo, diede l'opera sua il pubblico Ministero; sosterrebbero invano, che la istanza criminale non è pregiudiziale poichè la querela di falso incidente fu posteriore. La pregiudizialità nasce dalla natura e ragion delle cose, ed è indifferente se il piato civile sia nato prima o poi: essa osta del pari ai giudizii presenti e ai giudizii futuri (a) (425, 426).

192. 3ª *Ipotesi. — La sentenza dichiara semplicemente che il fatto non è costante, o l'accusato non è colpevole.*

Fra la dichiarazione *che il fatto non sussiste o che non è provato* è grandissima distanza. Più indeterminata ancora, per ciò che riguarda la esistenza del fatto, è la dichiarazione: *no — l'accusato non è colpevole;* il giurì decide d'ordinario la questione intenzionale, e quella formula, che d'altronde è la formula della legge, non fa conoscere positivamente la causa di decidere, se manchino le prove, o sia esclusa la reità dell'accusato.

Senza dubbio in linea penale la formula a favore dell'accusato è definitiva; ma il diritto civile procede di altra maniera. *Le sentenze criminali non hanno autorità sulle azioni civili se non formalmente pronunciando sul fatto che serve di base all'azione.* I giudici civili non possono ne devono mettersi in contraddizione colle decisioni dei giudicii penali, ciò è ben vero, ma non è tolto ad essi di ricercare di nuovo quei fatti la cui esistenza fu lasciata incerta nel giudizio penale; e di applicarne le conseguenze alle azioni portate alla cognizione loro.

A conferma di questa giurisprudenza si citano e si dichiarano varie sentenze della Corte di cassazione. (*Arr.* 5 *nov.* 1818, 25 *juin* 1824.

(a) È noto che il Merlin nella terza edizione delle sue *Questions de droit* aveva espressa la opinione che la sentenza nata sulla questione pregiudiziale non ha autorità nella istanza civile; opinione che poi ritrattò.

21 *messidor* anno IX, V. MERLIN. *Rép.* v° *non bis in idem.* n. 16, v° *chose jugée*, § 1) (427).

**193.** La materia anfibia del falso richiama anche qui l'attenzione. G. tradotto avanti un tribunale criminale sull'accusa di aver fabbricato a proprio profitto un biglietto di banca per lire.... fu assolto dal giurì con questa formula, *non consta che il biglietto di lire..... sia falso*. Allora G. domandò il pagamento del viglietto agli eredi del soscrittore. Questi, impugnando la scrittura, risposero, si verificasse. G. si oppose allegando la sentenza di assoluzione. Il tribunale ordinò la verificazione e la Corte suprema respinse il ricorso di G. (*d. arr.* 21 *messidor*). Merlin che nella sua qualità di procuratore generale combatteva il ricorso, diceva, che non si trattava già di rinnovare la istruzione e il giudizio criminale; che in giudizio criminale all'assoluzione basta che non risulti la prova del delitto: e dichiarare che non consta che il biglietto sia falso, non significa che il biglietto sia vero (V. MERLIN, *loc. cit.*).

Lo stesso Merlin introdusse una distinzione fra scrittura privata ed atto pubblico, sostenendo che nel primo caso, dopo una dichiarazione del tribunale criminale, *non constare della falsità*, si poteva in giudizio civile procedere alla verificazione della scrittura: non così se si trattasse d'atto pubblico, per se stesso provante.

Dalloz rigetta la distinzione, tenendosi all'art. 214 del Codice di procedura civile, il quale dispone che *un documento verificato in una precedente iscrizione in falso* non può più essere oggetto di una iscrizione di falso incidente civile, avvertendo che l'articolo non distingue fra atto pubblico ed atto privato. Ma un documento *non è già verificato* per questo solo che esso fu l'oggetto di una iscrizione in falso, e che l'accusato fu dichiarato non colpevole; verificazione non c'è, se non constatata espressamente da una sentenza. Simile effetto invero non può attribuirsi a un decreto d'assoluzione che può essere stato determinato da motivi estranei all'atto incriminato, che riguarda d'ordinario la intenzionalità, onde non può essere d'ostacolo alla iscrizione di falso incidente che in altro tempo e in via civile si provocasse dalla parte interessata.

La Corte di cassazione ha suggellata della sua autorità questa dottrina (428).

**194.** E il Mangin nel numero seguente pone un canone, *che l'autorità della cosa giudicata penale ha tanto di autorità nel giudizio*

*civile quanta fu la dichiarazione del giurì e non oltre*, di che egli desume i criterii onde crede informati gli articoli 358, 359 e 366. Reca delle decisioni, per dar base a' suoi assunti, e dice:

Che la Corte d'assise non è tenuta, sempre e in ogni caso, di ammettere l'azione dei danni interessi a favore dell'accusato assolto contro il denunciante, poichè l'assoluzione non importa di necessità la calunnia;

Che la Corte d'assise è autorizzata a condannare ai danni interessi l'accusato che fu assolto, attesochè la dichiarazione del giurì può avere liberata l'azione del suo carattere delittuoso e non della qualità di fatto ad altri dannoso; e perchè la sentenza che assolve, non sempre esclude la esistenza del fatto e la partecipazione dell'accusato.

Accusati dichiarati non colpevoli d'omicidio volontario e mandati assolti, sono stati condannati dalla Corte d'assise ai danni interessi sul fondamento che l'omicidio fu l'effetto della loro imprudenza. (*Arrêt* 11 *oct.* 1817).

Quando il giurì ha dichiarato che l'accusato è reo dell'omicidio ma senza il concorso della sua volontà e per imprudenza, la Corte d'assise è ancora autorizzata a condannare questo accusato nei danni ed interessi, perchè siffatta dichiarazione non esclude *ogni specie di colpa sufficiente* a dar diritto a reintegrazioni civili. (*Arr.* 26 *mars* 1818).

La Corte d'assise può non accordare la emenda dei danni interessi a favore della parte civile contro l'accusato che soggiacque a condanna; e ciò perchè la condanna non inchiude di necessità che la supposta riparazione sia dovuta. (*Arr.* 13, *oct.* 1813) (429, 430, 431, 432).

195. Ma data alla Corte d'assise una certa elasticità per apprezzare i fatti dell'accusa sotto l'aspetto dell'azione civile del danno, non le può essere concesso di mettersi in contraddizione coi formali pronunciati del giurì, verbigrazia convertendo in un fatto illegittimo, per derivarne l'azione del danno, un fatto che dal giurì fu dichiarato legittimo. (*Arr.* 19 *dec.* 1817) (433, 434).

196. I tribunali di polizia correzionale, e di semplice polizia non posseggono le facoltà della Corte d'assise nei giudizii di danni e interessi ad essi proposti, non potendo questi tribunali *statuire che per accessorio della condanna;* obbligati a motivare la sentenza, non può supporsi che dietro loro rimanga il dubbio e la incertezza.

Ma volendo ciò supporre, e perciò portando la parte civile le sue domande pei danni interessi al tribunale civile contro la sentenza as-

solutoria che non fu chiara abbastanza per escluderne l'azione, sarà essa ascoltata? Sarà essa ascoltata quando il tribunale correzionale o di polizia non fece perciò alcuna riserva?

Il Mangin, e con lui il Dalloz, non danno importanza alla riserva; il secondo insegna, che bisogna bene osservare se vi sia incompatibilità fra la decisione penale e quella che ammetterebbe l'azione civile, e così misurare la influenza o il grado d'influenza rispettiva (435).

**197.** Per quanto formale la dichiarazione del giurì sulla verità o validità (*a*) di un atto che fu oggetto del procedimento, l'atto può sempre essere attaccato di nuovo avanti i tribunali civili e venire da essi annullato per vizii altri da quelli che sono enunciati nell'accusa. Questo è precisamente nel carattere teorico della cosa giudicata che non fa stato se non sul deciso (437).

**198.** *Della influenza che hanno le ordinanze della Camera di consiglio e le sentenze della Camera d'accusa per le quali si dichiara non farsi luogo a procedere.*

Il *quantum* e il *quid decisum* è pur qui la misura della influenza, e il regolo del *non bis in idem* (438).

Ma facciasi il caso che una decisione di Camera di consiglio o di accusa dichiari apertamente che il fatto imputato non esiste, o che l'accusato non lo ha commesso, appoggiando così il suo decreto, *di non farsi luogo a procedere*. E si cerca anche una volta come sia per influire tale decisione sull'azione civile.

Osserva il Mangin che qualunque siano le espressioni che tengono alla ragione del decidere, la natura di tali sentenze è provvisoria; ed essendo tali sentenze provvisorie, e mancando del carattere *della irrevocabilità*, non hanno efficacia di cosa giudicata. Quindi l'azione delle parti che *si pretendono lese* rimane aperta e può trattarsi nei tribunali civili (*b*).

L'illustre autore mantiene il suo principio contro tre decisioni che portarono ben chiaro l'avviso contrario, 19 *messidor* anno VII, 4 *mars* 1817, 21 *avril* 1819, nè si occupa di confutarle (439).

**199.** Però sono interessanti le considerazioni che seguono sul que-

(*a*) *Verité ou validité* (*sic*). Il giurì non emette dichiarazioni sulla validità.

(*b*) Le ordinanze pronunciate dalla Camera di consiglio, sopra istanza del pubblico Ministero, non fanno cosa giudicata rispetto all'azione civile. Decisioni belg. 1° lugl. 1814, 29 nov. 1817, 13 nov. 1822.

sito, se siano ugualmente senza influenza sul civile quelle ordinanze o decreti qualora la parte lesa si costitui *parte civile*.

La parte lesa non ha vincolata la sua azione civile; se il fatto non è bene chiarito, se fu lasciato incerto, la base dell'azione civile non è stata tolta; se fu detto invece che il fatto non sussiste, che G. non ne fu autore, è levata di mezzo la sospensione dell'articolo 3° del Codice *d'instruct*.

A queste ragioni che sono del Merlin (*Quest.*, v° *réparat. civ.*), il Mangin aggiunge: doversi bensì distinguere fra le decisioni che intervengono sull'azione pubblica quelle che sono irrevocabili, da quelle che non lo sono; quelle che pronunciano formalmente sopra un fatto, da quelle che lo lasciano incerto, ma essere indifferente se la parte lesa sia comparsa in giudizio o no con veste di parte civile. Il Ministero pubblico è là per rappresentare gl'interessati.

Ancora. Nè la Camera di consiglio, nè quella d'accusa, hanno competenza di statuire sull'azione civile nascente da crimini o delitti. Quando la parte lesa si costituisce parte civile, non mira già a far decidere le sue reintegrazioni civili: ma a fare destinare un tribunale penale che, giudicando della sorte dell'accusato, sanzioni eziandio gli effetti dell'azione civile. Dichiarando le Camere che non si fa luogo a procedere, hanno forse sentenziato che *l'azione civile è mal fondata?* Mai no: esse hanno detto semplicemente che *il fatto* (*che saria la base dell'azione civile*), non può essere sottoposto all'esame di un magistrato penale. Ne segue forse ch'esso non potria essere un buon fondamento in giudizio civile? (400).

**200.** Altro è a dire ove simili ordinanze o sentenze abbiano carattere definitivo (*a*), producendo, se sono tali, gli effetti proprii della cosa giudicata, poco importa se siano o no intervenute in quel giudizio le parti lese; fermo sempre che gli effetti della cosa giudicata sono misurati dalla portata del punto deciso (441).

**201.** *Dell'amnistia.*

L'autore accetta come più esatta di ogni altra la definizione seguente. « L'acte par lequel le prince défend de faire ou de continuer aucunes poursuivites, ou bien d'exécuter des condemnations contre pleusieurs personnes coupables, designées seulement par le genre de délit qu'elles ont commis » (442).

(*a*) Quando cioè sia deciso un punto di diritto.

202. Che il principe possa far uso di clemenza verso individui condannati, non è chi sappia dubitarne; ma è lecito forse impedire il corso alla giustizia e sopprimere l'azione pubblica?

Per quanto dica il Mangin che quest'ultima ricerca abbia d'uopo di esame profondo, egli non contesta al principe questa facoltà, colla solita clausola che l'amnistia, così intesa, non si esercita a benefizio d'individui condannati, ma nel favore di un interesse pubblico; è piuttosto l'amnistia *del delitto* che del delinquente, è il delitto stesso che si cancella o a prevenire il ritorno, o anche perchè non si teme il ritorno. Lo Stato può d'altra parte avere un interesse perchè quel delitto non si rimescoli e non si perseguiti (444).

203. Le amnistie sono generali o particolari; assolute o condizionali (445).

204. L'amnistia, salvo espressa contraria volontà del principe, non offende i diritti dei terzi, non offende le azioni civili.

L'autore cita, disapprovandola, una opinione del Legreverend (t. IV, p. 327), e in appoggio decisioni della Cassazione 8 *fevr.* 1817, 21 *octobre* 1830 (446).

205. L'amnistia è un atto del poter sovrano. Ne segue, 1° che l'amnistia proclamata dal conquistatore nel paese conquistato, cessa di pieno diritto al ritorno del sovrano legittimo; 2° dicasi lo stesso dell'amnistia data dall'usurpatore (447).

206. L'amnistia è un fatto irrevocabile (448).

207. L'amnistia profitta ai complici dei fatti amnistiati?

In principio si deve ammettere (*Cass.* 6 *janv.* 1809).

Ciò s'intende *della complicità diretta*, risultante da fatti che derivano immediatamente il loro carattere delittuoso del fatto principale già coperto dall'amnistia; escludendo per conseguenza quei fatti, che isolatamente presi e fatta astrazione dal delitto amnistiato, continuano ad essere e sono per se stessi reati (*a*) (452 a 455).

208. Dello stato della legislazione francese sul punto della accumulazione o unità (accentramento) della pena.

L'antico diritto criminale francese (anteriore al 1789) ammetteva il principio del diritto romano, che ad ogni delitto deve corrispondere una pena. L'assemblea costituente modificò questa legislazione. Ammise bensì che, se l'accusato veniva incolpato di un altro fatto delit-

(*a*) Le osservazioni ulteriori sull'amnistia hanno poca importanza.

tuoso nel corso del dibattimento, dovesse soggiacere a processo per questo nuovo fatto. Ma convinto che fosse del nuovo delitto, non dovesse subirne pena se non in quanto la pena applicabile fosse maggiore di quella meritata pel primo.

Anche il Codice d'istruzione si dichiarò contrario al sistema del cumulo delle pene (art. 365, 379).

Vero è che questi due articoli non contemplano che due soli casi; 1° che l'accusato, nel corso del dibattimento, sia simultaneamente convinto di più crimini o delitti; 2° che nel corso del dibattimento, tali crimini o delitti vengano a scoprirsi. Ma il concetto della legge è generale e inchiude un principio.

E dall'applicazione del principio conseguita chiaramente che l'azione pubblica non può più esercitarsi contro il nuovo reato, quindi è estinta.

Tanta chiarezza non giunse però a bandire dalla giurisprudenza ogni dubbio (*a*).

Di poi l'autore si fa a spiegare il senso della formula testuale — la *pena più grave* — la *pena più forte*, e vi porta idee chiare e precise.

Ma la gravità della pena non dovrebbe misurarsi dalla durata, quando si tratta di pene dello stesso genere? E cita decisioni per le quali, distinguendo il caso ove il *maximum* della pena è stato applicato nel primo giudizio, da quello in cui la pena non toccò il colmo, si stabilisce che nel primo caso il processo non avrebbe più scopo, non così nell'altro caso, potendosi appunto con accrescimento di pena giungere al *maximum*.

Avverte ai morali pericoli di questo sistema, ma finisce coll'approvarlo, specialmente ove si lasci ai giudici una certa latitudine e discrezione di giudizio. Scorre qui pure diverse decisioni e trova la giurisprudenza d'accordo collo spirito della legge.

Dimostra col Codice alla mano le limitazioni portate al principio, ed enumera diversi casi dedotti da regolamenti, speciali, e n'esclude in massima l'applicazione in ordine alle contravvenzioni. Tratta delle pene pecuniarie e delle amende concorrenti con pene corporali esaminando se rapporto ad esse il cumulo possa aver luogo; e considerandole come vere pene (eccettochè non presentino un carattere di

(*a*) E i dubbii furono molti come noi verremo narrando negli ultimi §§.

risarcimento e di riparazione civile) si decide contro il cumulo, applicando il principio generale (a).

(a) Tanto maggiore parsimonia si è usata in questo compendio, quanto la materia dovrà occuparsi specialmente (§§ CXX, CXXI), nell'interesse della nostra legislazione.



## CAPO I.

### Dei caratteri generali e costitutivi dell'azione penale.

#### § I. — *L'azione. Analisi del suo concetto giuridico.*

**1.** Fra la legge penale e il giudizio penale vi è l'azione. È una facoltà esecutiva. La minaccia dispregiata sta per diventare un fatto ed una realtà nel giudizio. Per quale forza o virtù la volontà scritta passa allo stato di fatto e realizza se stessa? L'azione è moto (*agit*); l'azione rappresenta in linea di tempo il primo istante di questa trasformazione; nell'ordine giuridico è il primo motore (*a*).

La legge e il giudizio. Queste due idee sono correlative ed essenziali. Non si assolve nè si condanna senza giudizio; ma posso pensare che la verità, che è l'oggetto del giudizio, non abbia bisogno di alcuna ricerca; che si presenti da sè ad una intuizione infallibile. Io piego le ginocchia perchè sono in faccia al giudizio di Dio. Allora io trovo che l'azione è un espediente tutto proprio, dei giudizii umani che hanno d'uopo di un discorso analitico.

L'azione è un concetto della mente, ma appartenendo alla storia ideale e permanente, è nella sua sostanza invariabile.

(*a*) In un mio vecchio manoscritto incontro la seguente formula che non mi pare fuor di proposito ripetere. L'azione penale non è un concetto che appartenga propriamente all'ordine speculativo, e già nella stessa sua espressione (*actio agere*) accenna al principio di vita che in lei si manifesta. O almeno è il corollario di quella catena d'idee che si solleva alla più completa astrazione del diritto e discende sino a congiungerlo nel mondo reale, esprimendone la potenza effettiva.

L'azione è la vita del diritto.

L'azione è la consacrazione del diritto; ne rappresenta la sanzione. Tutti quei precetti morali che stanno nelle carte a regolare la condotta degli uomini, e gl'inviano ad intendersi colla loro coscienza, colla loro dignità, colla loro felicità e ben essere, conseguenza di una buona e saggia condotta, tutti questi precetti mancando di obbligazione estrinseca, hanno anch'essi l'attività necessaria per trasformarsi in fatti reali, ma non producono *azione*. L'azione è la consacrazione del diritto in questo senso, che il diritto imprime a se stesso il carattere della propria attuazione. Ne è la sanzione perchè è il suggello ch'esso verrà ad imporsi efficacemente sulla volontà degli uomini.

L'azione è perciò il complemento stesso della legge, la sua perfezione.

L'azione vivifica la legge: è quasi la sua atmosfera, la sua aria respirabile.

2. Ciò che più risalta nel concetto giuridico dell'azione è il suo essere intermedio fra la legge e il giudizio; è quella idea di relatività che segna il momento nel quale il diritto astratto si estrinseca e diventa concreto.

La giurisdizione non ha iniziativa; la giurisdizione non va incontro ad alcuno. Essa aspetta e riceve l'impulso dall'azione che ne determina la forma (a).

## § II. — *Dei molteplici aspetti dell'azione.*

3. La nota definizione del diritto romano è ciò che si può dire di più semplice e vero (b), nel punto di vista pratico. Ma essa si limita alla cerchia della ragione civile e non mostra che uno dei lati del soggetto. È lo stesso diritto dell'obbligazione in quanto si esercita o può esercitarsi. Il Dalloz la riporta tal quale all'effetto delle applicazioni che viene svolgendo nell'ordine civile: poichè *dell'azione pubblica* non si occupa se non con pochi cenni e alla sfuggita (c), e quindi se ne occupa ancor meno.

(a) La giurisdizione è abituale: l'azione l'attua e la circoscrive, il che io chiamo la forma della giurisdizione.

(b) *Jus persequendi in judicium quod sibi debetur.*

(c) *Répert. v° action, e v° action publique.*

Pertanto rispetto ai giudizii civili i giureconsulti romani dissero ciò che era necessario perchè si comprendesse che l'*actio* non era la causa nè l'oggetto del giudizio, ma il mezzo di attuare la giurisdizione e di rendere il giudizio possibile. Lo stato della scienza penale non permetteva di approfondire il concetto dell'azione che nasce dal delitto e riassume tanta parte del diritto umanitario e sociale.

Questo concetto dell'azione penale ha una particolare attitudine di alterare il proprio significato, staccandosi talvolta dal rigore scientifico per accomodarsi agli usi della legislazione; di che non si fanno scrupolo i nostri codici che non sogliono essere modelli di precisione letteraria.

4. Gioverà notare questa varietà dei significati che infine rappresentano diversi aspetti, o meglio svolgimenti di un concetto sostanzialmente identico.

*a*) Nell'aspetto generale e ipotetico l'azione è la *vis* o potenza onde il diritto normale può concretarsi nella realità giudiziaria.

*b*) Nel particolare ed effettivo è l'*atto* che evoca il diritto dalla sua astrattezza alla operosità del giudizio.

*c*) Nel rispetto delle obbligazioni che nascono dal reato l'*azione penale* è il vincolo che il delinquente impone a se stesso di rendere conto formale dei proprii fatti alla umana giustizia.

*d*) Nell'interesse del diritto violato e della individualità offesa, è la ragione che legittima la persecuzione dell'uomo riputato colpevole.

*e*) Rispetto alla pratica e all'esercizio è un mezzo giudiziario e una funzione.

*f*) Finalmente in un punto di vista più vicino, è l'atto con cui si apre il giudizio penale e si dà esistenza al processo.

L'azione penale, come ogni determinazione di procedura, ha una parte essenziale e immutabilmente stabilita nella natura delle cose; e un'altra (che non è punto arbitraria perchè nulla per noi in procedura è arbitrario) è sotto l'impero delle contingenze e dello stato circostanziale del diritto.

I primi quattro aspetti da noi considerati sono essenziali. Il legislatore non vi può nulla; esso non potrebbe fare che così non fosse. Gli altri sono dalla sua saggezza e prudenza con opportuni ordini regolati, sotto il sindacato perpetuo della ragione che addita sempre il meglio da farsi.

## § III. — *Dell'azione penale in ordine al processo.*

5. Il poligono dell'azione penale considerato nel § precedente non rappresenta ancora la sua forza effettiva. L'azione penale ha qualche cosa di progressivo, di permanente, di contemporaneo alle principali e più solenni funzioni del processo.

Si può dire di più. L'azione penale si svolge collo stesso processo di cui forma un elemento sostanziale.

6. Tre difatti sono gli elementi sostanziali del processo che non è altro che un discorso come ogni altro discorso della mente che comincia dal proporsi un oggetto, indi lo discute, indi giudica e sentenzia.

L'azione penale può bene smarrire il suo vocabolo nel corso del processo; quando siamo ad un certo punto diventa *l'accusa*. Spetta alla ragione filosofica del diritto esaminare questo passaggio, in quanto rappresenti o no una trasformazione dell'azione penale.

Accusare è denunciare in modo aperto, libero e formale, e secondo legge, uno o più individui moralmente responsabili all'autorità giudiziaria per un fatto contemplato dalle leggi penali.

L'azione penale non è accusa. Non la è perchè in ordine logico la precede. Quando si dice *accusa* s'intende legittima; e l'accusa legittima suppone che si abbia *azione* a promuoverla, o a proporla (*a*). L'azione penale non è l'accusa; perchè la prima è investigatrice, ed affermatrice la seconda (*b*).

## § IV. — *Che il premesso concetto apre la distinzione fra il processo inquisitorio e l'accusatorio e dà la misura del processo moderno.*

7. Come osservò il Carmignani, altissimo ingegno, il processo inquisitorio comincia e s'inoltra ricercando e analizzando: l'accusatorio è sintetico, afferma e conclude, formulando il proprio scopo: il primo

(*a*) Per ora si possono usare indifferentemente queste voci le quali peraltro hanno diverso significato giuridico.

(*b*) V. §§ seguenti.

non s'impegna a provare e non sa neppure come e dove finiranno le sue investigazioni, il secondo vuol provare, deve provare. Va il primo con passi riservati, ambigui talvolta e in apparenza incerti e mal sicuri: il secondo colla decisione e coll'alterezza d'una sfida, si slancia, a così dire, e prende la mira dritta verso un intento preveduto.

8. Il nostro processo è di un genere medio fra l'inquisitorio puro e l'accusatorio puro, che non piacque al Carmignani (*Teoria della sicurezza pubblica*, tom. IV, lib. IV), ed ebbe torto (*a*). L'uno e l'altro processo ebbe la sua ragione di essere in distinte età e in distinti reggimenti politici, portando con sè tutti i difetti di quelle età e di quei reggimenti politici, difetti che la nuova civiltà ha saputo evitare.

9. La *pubblicità* è il carattere più espresso e più luminoso che separa il processo accusatorio dall'inquisitorio. La pubblicità, possente garanzia dei giudizii, che fu per le repubbliche di Atene e di Roma un elemento ingenito e una delle cause della loro grandezza (*b*).

L'accusa era un ministerio di salute pubblica affidato al cittadino. Invero l'autorità dello Stato non perdeva di vista questa grande funzione, e sopratutto v'imprimeva il carattere colla commissione che

(*a*) Il che sarà dimostrato più avanti.

(*b*) È ben chiaro che io parlo dei tempi più maturi, segnatamente della repubblica romana. È noto che in epoche anteriori l'azione penale era generalmente esercitata in modo non diverso dall'azione privata. Specie di giurisdizione privata che si veniva fortunatamente indebolendo collo svilupparsi del concetto della pubblica giustizia, e col decadimento del concetto opposto: *la vindicta*. È pur noto che non tutti i giudizii erano pubblici ma quelli soltanto che *ex legibus judiciorum publicorum veniunt*. Fram. 1° *De publ. jud.* V. SIGONIUS, *De pub. judic.* AYRAULT, *Inst. judic.* UGO, *Hist. rom.*, il quale stabilisce che « il n'y avait point de procédure criminelle générale mais il y en avait un nombre prodigieux de particuliers, car *dans toute loi nouvelle* qu'on rendait sur les délits, le point capital dont on l'appuyait, c'était la manière de procéder et l'on n'attachait ordinairement que peu d'importance à la nature de la peine qui était applicable » (2° periodo) pag. 252.

Più tardi un terzo periodo (che si misura dal tempo di Cicerone a quello di Alessandro Severo), la intromissione dell'autorità fu più larga e usurpatrice del diritto d'accusa; e frequente il procedere *extra ordinem*, sicchè la presenza dell'accusatore non era più necessaria; mentre nel quarto periodo (da Alessandro Severo a Giustiniano) il processo cambiò quasi del tutto di faccia e di sostanza.

Ma basti l'avere accennato a ciò per non mancare all'economia del mio lavoro e fare della erudizione a buon mercato.

dava il pretore (*lex*), quasi investitura del pubblico potere. Del resto la lotta era impegnata corpo a corpo; vero duello in cui non si usavano armi cortesi, ma spesso crudeli e di sangue.

10. L'*inquisitio* prima di un attacco formale è una necessità delle cose; delle informazioni bisogna averne; una *inquisitio* preliminare c'era, a quanto pare, ma sbrigativa e sollecita: si fissava la udienza e allora tutto era pubblico, solenne, e fatto in pieno giorno.

Non può negarsi la influenza della costituzione politica, sulla forma dei giudizii penali. A tanta ampiezza dell'accusa doveva corrispondere la popolarità dei giudizii. E vi corrispondeva di fatti; per lungo tempo il popolo stesso nella sua incomposta moltitudine li pronunciava. Io ritengo che il concentrarsi dell'autorità giudicante fosse già un sintomo del circolo discendente che cominciava a percorrere la pubblica accusa. I termini di relazione non erano più esatti; alla grandezza e libertà dell'accusa non rispondeva più la libera coscienza popolare. Si nominarono degli arbitri per date cause; indi la delegazione fu costante, abituale, e si confuse negli ordini politici.

Nell'età inoltrata dell'impero, l'accusa pubblica che fra le passioni smoderate delle parti e la corruzione dei magistrati cadeva in discredito, ed era divenuta nemica della giustizia, ebbe un rialzo che secondo il naturale andamento delle cose non si sarebbe atteso. Mi giova fermare l'attenzione su questo punto.

Il diritto d'accusa visse anche sotto l'impero ma non nel primitivo suo spirito. Era una di quelle istituzioni che hanno del buono e del cattivo in sè; e hanno bisogno di agire con tutta la energia delle loro forze onde l'elemento buono prevalga e ottenga lo scopo. In effetto era una istituzione che aveva finito il suo tempo, nel punto di vista della libertà; ma nello stato di corruzione si svolgeva il suo elemento maligno e non le restava più potenza che per nuocere. La generosa audacia di quei fieri repubblicani era caduta nell'eccesso opposto: nella viltà e nella insidia. La legislazione imperiale, come fu opportunamente notato dall'*Helie*, mostrava due tendenze di gran lunga differenti; restringere il diritto dell'accusa quanto agli affari privati; ampliarlo, rianimarlo nell'interesse dello Stato. A parte la delazione nelle mille sue forme, e della quale le leggi non si occupavano, le leggi stesse spianavano la via all'accusa di Stato sopprimendo tutte le eccezioni personali, facendo grazia ad ogni capriccio e ad ogni lordura. Gli schiavi stessi erano ammessi ad accusare e con ciò

è detto tutto (*a*). La istituzione che aveva giovato alla libertà, ora perdeva del tutto la libertà: e valeva del pari nel doppio senso a fare il bene e a fare il male, mentre era utile alla libertà che tutti potessero accusare com'era utile alla tirannide che tutti potessero essere accusati.

## § V. — *Continuazione.*

**11.** La istruzione era del tutto orale sotto la repubblica, e quello che si aveva ed era ben poco, della informazione preliminare, non recavasi allo scritto; pubblici gli atti, inappellabili le sentenze: sole regole il buon senso e la coscienza.

La surrogazione dei giudici permanenti ai giurati era una causa non avvertita ma certa e naturale di mutamento nella forma del processo per lo intromettersi dei giudici stessi nella direzione del procedimento. Si raccoglievano prove e si registravano: tutto ciò a spese del processo orale che si andava così restringendo. *Apud acta audiuntur*, dicevasi dei testimonii e degli accusati, e cominciò l'êra dei così detti processi verbali. Anche i giudizii col tempo si attaccarono allo scritto; e la scrittura finì col cacciare la oralità. Ma al predominio assoluto della scrittura non corsero degli anni ma dei secoli. Il processo andava con forme miste che noi non possiamo discernere nè segnalare. L'elemento scritturale ricadde e quasi si disperse nell'epoche feudali; solo nel decimoterzo secolo emerse con un proposito deciso e con una intenzione preveggente di quegli istitutori; nel decimoquinto invase tutto il campo giudiziario e vi regnò un silenzio profondo.

**12.** È impossibile, specialmente a noi Italiani, attraversare, benchè a volo, quest'epoca storica senza volgere uno sguardo al processo canonico.

La giurisdizione ecclesiastica si organizza nel forte e agitato regno di Bonifacio VIII. Costanti nel loro proposito, cauti insieme e riso-

(*a*) *Servi deferentes audiuntur et quidem dominos suos et liberti patronos. L.* 8, *ad L. jul. de majestate.* È inutile ricordare la reazione che l'abuso dell'accusare sollevò più tardi nel regno de' principi buoni come Valentiniano e Teodosio; il che rapporto alla istituzione, in se stessa, prova soltanto ch'essa era divenuta o dannosa o impossibile, che invero a tale la ridussero le costituzioni eccessivamente severe di quegl'imperatori.

luti, gli ecclesiastici sanno dove devono arrivare. Per la via sinuosa della prudenza, camminando dal nono al duodecimo secolo, la loro giurisdizione è costituita e posta su ferme basi. Non monta ora accennare come e quanto pigliasse della competenza civile in forza di quel principio, che tutti i delitti che direttamente o indirettamente interessano la religione, la fede, e i costumi sono soggetti alla giurisdizione ecclesiastica.

La forma de' suoi giudizii non fu, a dir proprio, esclusiva e non si fissò che nel secolo decimoterzo.

Dominò in prima una specie di forma delle corti signorili. Vi doveva essere un accusatore, *idoneo* e *legittimo*. Se ne faceva a meno nel delitto flagrante: *manifesta accusatione non indiget* (*a*). L'accusa era in iscritto, ma sostenuta a voce dall'accusatore (*b*). Pubblica era l'udienza: accusatore ed accusato s'intendono l'uno contro l'altro; si confrontano (*c*). Le prove, sempre più ragionevoli di quelle che si usavano negli altri giudizii. Quando si cominciò ad essere meno prodighi del giuramento, la prova testimoniale, non opinativa ma di fatto, prese il posto che le conveniva. Subentrò la prova legale, la prova scientifica, e fu immenso progresso. *Duorum hominum testimonium verum est* (*d*): ecco un pronunciato della scienza, fondato sulla esperienza del genere umano. I testimonii dovevano essere ineccezionabili. Conceduto con grande estensione all'accusato il diritto di ricusa. I testimonii deponevano all'udienza; le loro deposizioni scritte non bastavano (*e*). La difesa era non solo permessa, ma onorata, ma indispensabile nei criminali giudizii, anche coll'opera di avvocati (*f*). Puniti gli accusatori convinti di calunnia.

Questa larga e liberale organizzazione non aveva condizioni di durata. In primo luogo il laicato non poteva mantenersi allo stesso livello della classe dominante: quella stessa classe dominante è già una

(*a*) Decret. Grat. Causa 2, Qu. 1, Cap. XV, XVII.
(*b*) Decret. Grat. Causa 2, Qu. 8, C. 1.
(*c*) Decret. Grat. Causa 3, Qu. 9, C. XXI.
(*d*) Decret. Grat. Causa 2, Qu. 6, C. 1.
(*e*) Decret. Grat. Causa 3, Qu. 9, C. XV.
(*f*) Ho detto *anche* coll'opera di avvocati, perchè quantunque da qualche testo del diritto canonico sembri risultare che l'accusato dovesse difendersi *da se stesso*, Decret. Grat. Causa 5, Qu. 3, C. II, tuttavia non vi può essere dubbio sull'ammissione degli avvocati dopo quella teoria di papa Fabiano, attestata nelle decretali, Causa 5, Qu. 5, C. 1.

eccezione nell'ordine generale, ed ha bisogno di governare i giudizii col mezzo del privilegio (*a*). Inoltre la oralità e la pubblicità lasciava troppo poca parte ai giudici e troppa alla opinione pubblica; quella mezza luce della procedura scritta era da preferirsi.

13. Il sistema dell'accusa ha dovuto cedere a quello della *denuncia* che ha cangiata la faccia delle procedure; anzi ha creato un vero nuovo mondo giudiziario. Era il processo segreto.

Sembra che la procedura sommaria, ossia la niuna procedura, la procedura *talis qualis et ex informata conscientia*, fosse il principio della procedura segreta: in quanto cioè quella procedura informe fu circondata di una qualche forma (*b*).

La *denunciatio* e la *inquisitio* si davano la mano (*c*); la prima porgeva l'esca e l'alimento; e la *denunciatio*, fosse di parte privata o di uffizio e di polizia, fu sempre l'anima dei processi segreti.

È ancora degno di nota che il processo segreto ebbe una bellissima occasione di far le sue prove e di svilupparsi nei crimini d'eresia. Vi era tutta la buona fede in chi ordinava e conduceva quei processi; ma infine si trattava dell'interesse non già delle parti ma degli stessi giudici. Quei giudici rappresentano la chiesa offesa dall'eresia e dallo scisma. Denuncia segreta e che doveva rimanere ignota; testimonii ai quali il segreto inspirava la necessaria franchezza; testimonii ai quali si poteva anche un pochino imporre con arti e terrori che non si scrivevano: l'accusato isolato da ogni notizia utile e dallo stesso processo, come un uomo portato sul confine di un precipizio senza un riparo qualunque; tali processi avevano tutte le condizioni opportune per favorire la condanna. E sono quella natura di processi che lo Stato (o con qualunque altro nome s'appelli) predilige quando ha bisogno di far condannare degli uomini.

(*a*) I laici sono nemici dei preti; ma accusatori e testimonii non si ammettono nemici dell'accusato; dunque i laici non sono ammessi a portare accusa o testimonio contro i preti! Il sillogismo era in piena regola. *Decret. Gregor.* lib. V, tit. 1°, cap. VII. *Laici vel inimici clericos accusare non possunt. Decr. Grat. Caus.* 2, *Qu.* 7, *C. III. Laico non licet quemlibet clericum accusare.*

(*b*) L'osservazione è dell'*Helie* e molto opportuna.

(*c*) *L'Accusatio,* il terzo modo di procedere era, quanto agli effetti giudiziarii, la stessa *denunciatio* con qualche cosa di più generoso, perchè almeno vi era attaccata qualche responsabilità. *Tribus modis valet crimen opponi, denunciando, excipiendo et accusando.* Decret. Gregor. lib. V, tit. cap. XVI.

Bonifacio VIII, trovò il suo continuatore in Clemente V, e questo in Giovanni XXII, e la rivoluzione a favore del processo segreto su tutta la linea dei delitti fu compita.

## § VI. — *La storia, sino all'epoca moderna, non ci presenta che il processo giudiziario-politico.*

14. Io non ho la menoma intenzione di scrivere la storia del processo criminale. Questi grandi tratti, a cui ogni lettore può unire le sue erudite reminiscenze, provano una cosa sola: provano che pressochè in tutte le età, e sino a quella a noi vicina, non si ebbe che il processo politico.

Con questo intendo che il processo non fu mai propriamente razionale, propriamente diretto e appositamente fatto al suo vero e santo scopo, la giustizia.

In questa proposizione però è d'uopo procedere chiaramente e colle debite distinzioni.

15. Nel senso speciale in cui parlo, processo giudiziario-politico è quello che trae le sue forme, e il suo modo di essere principalmente dalle condizioni politiche che regnano nello Stato, come un portato e conseguenza di esse, non punto all'oggetto di sacrificare la giustizia, anzi con un certo intento e confuso scopo di giustizia, ma senza averne fatto l'oggetto esclusivo o almeno principale, e senza avere predisposte razionalmente le cose onde ottenerla intera, pura, e quale si deve.

Questo è il processo giudiziario-politico nel suo migliore aspetto; poichè ve ne ha di un altro genere assai più biasimevole, del quale dirò più avanti, e nel quale il senso politico offusca ad arte e cancella quello della giustizia.

Furono della prima maniera e quelli della repubblica, e dell'impero, e gli ecclesiastici e i feudali e in generale tutti sino al secolo decimosettimo in Francia ove il razionalismo giudiziario si vide sorgere e porre salde radici (*a*). Il processo insidiatore, il processo creato apposta per tormentare ed ammazzare ingiustamente colla

(*a*) Mi sia lecito usare questa parola usata ed abusata; ma che non potrà mai perdere il suo naturale significato di rappresentare lo sviluppo e l'applicazione della ragione ai grandi problemi filosofici e sociali.

ipocrisia della legalità, può chiamarsi *il non processo*, perchè si riduce ad un'apparenza; e merita posto nella istoria dei tiranni anzichè in quella di una istituzione. Valga però a metter luce nelle gradazioni che mi propongo.

16. Quello che ho nominato processo giudiziario-politico, che si sviluppa nell'ambiente della costituzione politica e ne riceve il carattere e la impronta, è suscettivo di un'altra distinzione. In quanto si sviluppa naturalmente ed istoricamente dai costumi, dalle idee di diritto pubblico dominanti, e dalla influenza, a così dire legittima, della costituzione, e in quanto riceve dalla mano interessata del potere una piega forzata, un assetto capace di risultati, nei quali l'utile dello Stato ha il primo luogo, e solo il secondo luogo quello della giustizia.

17. Prima dunque che il processo penale fosse pensato e condotto come una cosa di ragione, io concepisco tre forme e sono:

1° Quella che si sviluppa spontanea dalla costituzione politica o se più piace, si compone sotto la sua influenza in un modo analogo e correlativo per quanto riguarda il proprio istituto;

2° Quella che non si svolge da sè negli ordini dello Stato con evoluzione ad essi naturalmente coordinata, ma viene imposta o per lo meno influita e regolata dallo Stato medesimo, per fare giustizia bensì, ma una giustizia di un dato genere, non quella pura e sacra che è la giustizia libera e universale; una giustizia si direbbe quasi di partito, di colore e di opportunità, infine una giustizia interessata, quasi sempre nelle viste dello Stato medesimo, o di qualche casta potente e prepotente che è peggio ancora;

3° Quella (forma) che è la negazione di se stessa, la negazione di ogni giudizio e di ogni giustizia; e proprio trovata a ciò e con proposito diretto e malvagio che la forma (già sempre breve, recisa e succinta in modo che mal ricopre le vergogne) sia coperchio ad orridi fatti.

Le ultime due forme non sono che eccezioni, lo ripeto; e, non esclusa la seconda, sono veri delitti. Che il processo criminale derivi dallo Stato, ossia dall'essenza politica in cui vive, una quantità dei suoi elementi, alcuni vi diranno essere naturale e proprio; ed altri aggiungeranno che così dev'essere, e che non può essere altrimenti, e che ciò è bene, e il solo bene possibile, poichè uno statuto giudiziario artificiale, e fatto da mano d'uomini anzichè procedente dalla

natura delle cose e senza fondamento storico, è un pessimo sistema. Io sono di quelli che acconsentendo tutta la fede allo spontaneo svolgimento del diritto, e volendo un diritto fondato nei costumi e rispondente ai reali bisogni del popolo, credono che la pianta non vuole essere abbandonata a suoi naturali istinti, ma deve con gran cura coltivarsi dalla ragione intelligente; e che il diritto non si crea ma si regola. Ebbene, non furono certo le antiche repubbliche che si macchiassero del delitto di organizzare con intenzione una falsa giustizia. Nell'impero, specialmente nella sua maturità e più ancora nella sua decadenza, vennero a mescolarsi elementi nuovi tratti dall'indole del governo, e in fondo dalla natura dell'ordinamento politico, ma scopo propriamente di alterare la giustizia per mezzo degli stessi ordini giudiziarii, in generale non vi fu, anzi lo spirito di giustizia si venne ritemprando specialmente nelle leggi degl'imperatori cristiani.

18. Cadeva la vecchia civiltà e con essa cadevano i suoi istituti; e una buona giustizia non poteva aspettarsi dai barbari. Ma una giustizia non buona, anzi pessima, può essere sincera. Tale fu quella dei secoli barbari nei quali la nozione della giustizia era affatto smarrita, pure ne restava un sentimento confuso ed una certa aspirazione, impossibile per altro a realizzarsi quando il criterio delle prove era orribilmente travolto.

Una giustizia che avesse saputo farsi, cioè idearsi in un corpo di leggi, in un regolamento, in un certo indirizzo ben inteso delle strane consuetudini dell'epoca, non avrebbe potuto eseguirsi mentre non esisteva una forza superiore, nè morale, nè fisica capace di proteggerla (*a*).

Vi fu un momento in quella misera età nel quale si direbbe essere rinato il culto della giustizia in tutta la purezza del suo spirito, e con un intento razionale e di lei proprio; ed è un omaggio che la mente si sente come stretta a tributare al genio di Carlo Magno, a quella

(*a*) *Il faut distinguer les lois de les temps barbares et leur exécution. Sans doute les décrets des rois de la première race* (i Merovingi, parlando della Francia, e si applica eziandio all'Italia) *furent plus souvent des vœux stériles que des ordres scrictement obéis; sans doute la volonté individuelle se revoltait souvent contre les règles générales et se faisait peu de scrupule de les briser* ....... Cito volontieri questo passo dell'*Helie* ( *Theor. de Cod. d'instruct. lib.* 1, *cap. V*, *Sect. II* ), come autorità a provare che nei secoli barbari le leggi penali ( *quoad intentionem* ) furono meno cattive della loro esecuzione.

improvvisa apparizione d'un grand'uomo; ma scorge tosto che la giustizia non era stata compresa nelle sue intime ragioni, che si camminava sulle altrui tracce, sulle vecchie consuetudini, solo migliorando.

19. Due importanti ordinamenti si devono a Carlo Magno: quello *dei missi dominici* e quello *degli scabini*. I primi dovevano portarsi da un punto all'altro del territorio dello Stato e, forse con giurisdizioni assegnate (*a*), colla benefica missione della provvidenza, sollevando la miseria, riparando i torti, amministrando giustizia, o adoperando che venisse fatta. I secondi non furono altro che *giudici permanenti* che venivano a surrogare dei giudici onorarii e nello stesso tempo ne cambiavano il carattere e la ragione di essere. Gli scabini surrogavano i *rachimburghi*, gli uomini liberi, ma erano un'altra cosa. Era la magistratura di toga, a così dire, che surrogava la magistratura popolare, benchè fossero anch'essi, gli scabini degli uomini liberi (*b*). La giustizia languente, pressochè disfatta, rinvigorì ma per poco, a quell'energico impulso; come luce, a così esprimermi, cavata dalla selce percossa che passa e non dura per mancanza di alimento.

E in realtà non furono che spedienti, rimedii che palliavano un

(*a*) Attesochè si stabilirono le divisioni e circoscrizioni del territorio. *Capitular, Lodov. Pii*, ann. 823, 25. È noto che quantunque le leggi di Carlo Magno non fossero fatte per l'Italia, ivi passarono colla dominazione franca, dicendo Lotario (70) parlando di quelle leggi *excerpimus de capitolare bonae memoriae avi nostri Caroli ac genitoris nostri Lodovici Imperatoris*. Nel secolo XIII, dominavano per altro tre giurisdizioni distintissime, quella degl'imperatori, baroni, comuni; *Sclopis Storia dell'antic. Legisl. del Piemonte*, cap. 1.

(*b*) Non pare fosse quella una istituzione, ma lo diventasse pinttosto coll'andar del tempo. *I boni homines, in mallo residentes*, o *rachimburghi* (così identificati dal SAVIGNY) nella età che si congiunge a quella di Carlo Magno, cioè nel secoli VI e VII, nel paesi, in Italia o in Francia, occupati da popoli d'origine germanica, specialmente, erano nomini liberi: gli nomini del Cantone, che convocati dal conte, facevano ragione delle cause penali con una specie di uffizio di giurati. I carichi onorarii si trascurano volontieri; *i buoni uomini* non intervenivano che rari o svogliati a quelle assise; si rimediò cogli scabini, nomini liberi anch'essi preposti a certe speciali funzioni, o tenuti a intervenire nei *placiti generali* in luogo degli stessi *boni homines*, come i più istrutti, lo credo, e i più atti in quella comune e profonda ignoranza. Quantunque ci dicano le memorie che gli nomini del paese, i *boni homines*, non fossero mai per legge messi fuori dal giudizii, e potessero anche intervenirvi cogli scabini, certo è che finirono col dissiparsi dando luogo alla permanente magistratura degli scabini. PARDESSUS, *Loi salique*, p. 568, 569, 585, 594, *etc. Baluse*, t. 1, *ad Capitular. an.* 799, 800, 802, 819, *etc.*, *di Carlo Magno, Lodovico il Pio, etc.* MURATORI, *Antiquit.*, *Diss. VIII*. MEYER, *Istitut. giudiz.*

male irreparabile. Quel legislatore, non che salire sino al concetto del diritto e della giustizia, e comprenderne le relazioni necessarie, non concepì neppure un sistema. Non era invero nella potenza del suo genio il riformare le basi dello Stato giuridico, quanto dire anticipare la civiltà di molti secoli. Tentò di far sorgere un edifizio, ma fabbricò nell'arena. Il sensibile miglioramento che le sue istituzioni portarono alla giustizia, piuttosto che da loro intrinseca virtù, si doveva all'attività personale degli esecutori e al gran nome del fondatore. La dissoluzione cominciò sotto il regno di Lodovico il Buono che immediatamente succedeva a quello di Carlo Magno: poi tutto andò in fascio, impero e istituzioni, politica e leggi. Nuovi elementi sociali emersero dalla feudalità e si mutava il mondo antico. Chi mai avrebbe potuto trattenere quella forza nuova, che doveva fare il suo corso e percorrere il suo ciclo fatale, per effetto di cause generali preesistenti, come direbbe uno scrittore coronato? Bisognava dar luogo a una giustizia di un altro genere; non più il giudizio degli uomini liberi, elemento disperso, o riconcentrato nelle categorie dominanti, o calpestato nel fango degli schiavi (a): sorgeva un nuovo ordine di giustizia, se migliore o peggiore non diremo, la giustizia signorile.

20. Faccio fatica a fermarmi sul pendio di questo immenso tema, ma debbo fermarmi. Un grave fatto è degno di essere ricordato che dal secolo ottavo in poi le istituzioni giudiziarie, più tollerabili nei

(a) È stabilito che nell'apogeo della feudalità, nei luoghi in cui ebbe maggiore pienezza di dominio, minori contrasti dell'antorità reale, e prima del formarsi dei comuni, l'incubo feudale generò una società composta di due sole categorie di uomini, l'una delle quali poteva chiamarsi quella degli oppressori e l'altra quella degli oppressi. Da una parte i signori e i loro vassalli; dall'altra l'immensa plebe dei servi. Gli *arimanni* o uomini liberi erano a così dire assorbiti da quella condizione di cose. Questi uomini liberi potevano pur essi distinguersi in due classi, quella dei proprietarii e quella dei proletarii. Ma i primi sempre minacciati nelle loro piccole proprietà (giacchè le grosse terre e i grandi patrimonii erano dei baroni e delle chiese) non avevano altro rimedio che di appoggiarsi ai potenti prestandosi ai servigi loro, e così perdendo ogni libertà, ovvero rendersi tributarii alle chiese, e ad esse infeudandosi. I proletarii si confusero coi servi. In questo modo la giurisdizione dei conti finiva per mancanza di soggetto. Sopra chi mai si sarebbe esercitata? E questo non si dice solo della giurisdizione penale ma eziandio della patrimoniale. I vassalli erano giudicati dai loro pari, più in su della giurisdizione comune. I liberi erano tratti nell'orbita delle giurisdizioni alle quali s'infeudavano. Le giurisdizioni privilegiate invadevano il terreno della giurisdizione comune.

precedenti due secoli, peggiorarono, sopratutto per ciò che riguarda il loro principalissimo fondamento, il criterio delle prove. Era naturale perchè tutti gli universali si disperdevano nel fatto irresistibile della forza individuale. Le istituzioni sono specchio dell'idea che dominò nel loro tempo; e nessuna istituzione ha potuto oltrepassarla. E oltrepassandola sarebbe caduta, come un edifizio senza base. Le istituzioni sono prima di tutto nei costumi e nella pubblica opinione.

## § VII. — *Dei processi politici direttamente contrarii alla giustizia.*

**21.** Ho chiamato processi giudiziario-politici quelli che mirando più o meno ad uno scopo di giustizia, oggetto confusamente sentito e non conosciuto, nè mai apprezzato razionalmente, piuttosto che stabilirsi in un ordine di fatti e d'idee inteso a conseguire il fine vero ed essenziale della giustizia, rappresentano il prodotto o necessario o artifiziale di un'idea politica dominante.

Anche senza voler fare della storia un sistema accomodato ai nostri preconcetti, agevolmente comprendiamo che la storia deve presentarci lo spettacolo continuato del processo politico, più o meno dilungantesi dal nostro ideale, sino ai tempi più maturi della civiltà. Matura civiltà intendo lo sviluppo di tutte la facoltà umane, e di tutte le arti, industrie ed istituzioni portato a un grado elevato di perfezione (*a*). Si seppe forse analizzare il concetto della pena prima di Beccaria e di Romagnosi? Cominciando i pubblicisti del secolo XVIII a ragionare di un sistema penale, si era maravigliati che ne ragionassero; non si credeva quasi che si potesse ragionarne. Chi narrò le leggi più semplici della umanità e della ragione nel diritto della pena preparò al mondo una sorpresa come Colombo e Galileo; e in quel tempo in cui si leggeva ben poco, il libro di Beccaria fece in un lampo il giro di Europa. Questa è una grande scusa ai legislatori; coloro non hanno scusa che con intento omicida rivolsero scientemente la santità delle leggi contro la giustizia.

**22.** Ma affrettiamoci a dirlo: quello stato giuridico non fu normale in verun tempo per quanto riguarda le istituzioni delle quali

(*a*) Non escludo quindi la perfettibilità, e la legge provvidenziale del progresso.

soltanto io parlo, lasciando stare tutto ciò che è fatto di violenza personale, contrario od anche estraneo alle istituzioni medesime. Nell'antichità io trovo le leggi imperiali di maestà (a). E in età a noi meno lontane gl'istituti della inquisizione, indifendibili persino dal lato della buona fede. Le commissioni e i processi di Stato, in tempi più vicini ancora, sono da collocarsi tra codeste infamie che la penna ricusa di scrivere.

## § VIII. — *Delle forme del processo accusatorio e inquisitorio come procedenti dalla idea politica.*

**23.** Qual è il metodo migliore per conoscere la verità? Tale domanda che inizia il metodo razionale come il dubbio di Cartesio, non fecero mai a se stessi i legislatori sino agli ultimi tempi.

Nelle antiche repubbliche si adottò il sistema dell'accusa pubblica, come il solo possibile, come il solo conveniente a quelle forme politiche. Il sistema dell'accusa pubblica sopravisse anche a quella condizione di cose che erano guarentigia della sua migliore applicazione; e si riformò, quando già era divenuto impotente ad ogni buon effetto, perchè, essendosi alterati gli ordini dello Stato, gli si aggiungevano elementi nuovi nell'interesse del diritto pubblico che allora regnava e quale conseguenza del nuovo assetto politico senza veruna considerazione per certo dei vantaggi che ne risentirebbe la giustizia. Così avvenne, per esempio, nello stabilimento del diritto d'appello che è il principio della gerarchia, ignoto nella repubblica: fu un bene, o fu un male per la giustizia, io nol dirò. So solo che lo scopo fu politico, quello di accentrare i giudizii penali nel potere imperiale (b).

**24.** Già nella età inoltrata di Roma il processo accusatorio più non conservava le schiette sue forme primitive; indi aveva perduto quasi del tutto il suo carattere senza perciò diventare un processo vera-

(a) Alle quali accenando Tacito disse: *Majestatis crimen eorum qui crimine carebant.*

(b) La sistemazione della contumacia fu una bella istituzione di Trajano del quale si disse: *Absentem in criminibus damnari non debere D. Trajanus rescripsit. L.* 5, *D. de poenis.* E nel suo punto di vista isolato merita di essere chiamata una legge di buona giustizia. Ma il dispotismo imperiale finì di usufruttuarla a scopo politico, e peggio ancora, a scopo finanziario, ordinando Costantino che dopo un anno i beni del contumace si confiscassero. L. 2, Cod. *de requirendis reis.*

mente inquisitorio. Le sue fasi seguitarono a rappresentare, colle debite proporzioni, le successioni e i moti del potere politico; e siccome il processo accusatorio è nello stesso tempo il più deciso e il più semplice, meno artificioso dell'inquisitorio, è proprio d'uomini rozzi, liberi e guerrieri, così il processo accusatorio pressochè irriconoscibile per mutate forme e introduzione di elementi estranei, negli ultimi secoli di Roma, e dopo ancora in molte città e regioni italiche ricomparve con un certo vigore, associandosi alla discussione orale e pubblica, e a tutta la franchezza dei popolari giudizii (*a*).

25. Il processo inquisitorio di più umile nascimento e di meno splendida esistenza come quello che parve isolarsi dalla vita pubblica, a primo tratto si fa credere vòlto ad un intento più razionale e meno politico del processo accusatorio. E in vero esso rappresenta una evoluzione fortunata nel sistema delle prove. In questo gl'istituti ecclesiastici hanno diritto alla nostra riconoscenza per avere inaugurate le prove di ragione. Ma di poi, nel corso del tempo e delle vicende, quando si fu rassodato e come si direbbe organizzato a dovere, il processo inquisitorio diventò un calcolo e un istrumento ben efficace di politica. Giovò mirabilmente a quell'arte di regno che si assoggetta la giuridica criminale come ausiliaria dei proprii interessi. Le forme solenni e la libertà dei giudizii non avriano forse protestato contro il principio della servitù politica? Il dominio del magistrato promanente, creatura devota al governo, rappresentava il dominio stesso dello Stato nei giudizii penali. Quel fare occulto e misterioso, quel segreto che dapprima si sarà creduto conciliare gl'interessi di uno Stato che non amava il rumore della tribuna, con quello della giustizia che aveva bisogno di una applicazione più calma e più diretta della ragione allo studio delle prove e alla decisione dei processi, tutto questo si trovò bene inteso nel solo interesse del governo, nè si dubitò di rendere anche più profondo il segreto e di coprire di più fitto velo la storia del processo, lasciando ignorare all'accusato i denunciatori, gli accusatori, i testimonii e persino l'oggetto dell'accusa, e privandolo della difesa, di che non vorrò addurre altro esempio che le procedure della repubblica veneta (*b*).

(*a*) *Praesenti populo.* Lex Bavar. tit. XVI, art. 2. Il popolo accorreva a tali assemblee, sicchè si dovè proibirne l'accesso ai chierici, ai monaci e alle donne. *Capitular. Kar. M.* c. XXIX.

(*b*) Il Becot (*de l'organisation de la justice répressive*) rassegna il processo in-

## § IX. — *Del processo penale moderno nel rispetto della forma.*

26. La divisione del processo criminale, in processo accusatorio e processo inquisitorio, è elastica si può dire, e va per tutti i libri di questa materia. Non equivale in vero ad una divisione razionale e scientifica; presenterà per avventura dei tipi storici, comechè di ciò stesso io abbia ragione di dubitare. Imperocchè io non chiamerei neppure tipi storici delle forme imperfette, che non sempre sussistettero ad un modo, miste, spesso cangianti e confuse. Chi conviene in quella partizione e la crede conforme all'ordine scientifico e alla natura delle cose e razionalmente esatta, arrischia di formarsi un ideale non giusto è vero del processo, come avvenne ad un penalista di prima sfera, al Carmignani. O il processo accusatorio, egli diceva, o l'inquisitorio, *medium non datur;* quindi fulminò il processo misto, quel processo che pretende dedurre dall'uno e dall'altro qualche cosa, e di appropriarselo come un terzo genere.

27. Poniamo per base che l'oggetto del processo è la verità, constatare una verità; come l'oggetto del giudizio è di riconoscerla, sanzionarla, e determinare gli effetti che questa verità, così riconosciuta e sanzionata, produce e deve produrre nel mondo giuridico.

Il processo è l'analisi, e prova la imperfezione della mente umana che ha bisogno di *questo mezzo.* S'intende che per essa vi è qualcosa d'ignoto che deve cercare. Una cura, uno studio, una ricerca: il giudizio di Dio è *immediato.*

Come si fa a provare; come si riuscirà a provare? Veggo talvolta il reato cogli occhi materiali, ma l'occhio della mente deve scoprire il colpevole. In qual modo si può soddisfare la ragione che deve pronunciarne il giudizio? Qual è da preferirsi, il processo accusatorio, o il processo inquisitorio?

Quando diciamo processo accusatorio, intendiamo che vi predomina il concetto dell'accusa; quando diciamo processo inquisitorio, il concetto dell'accusa sembra svanire, non ci resta altra nozione che quella di una ricerca ufficiale e segreta. Presa ciascuna di queste forme da sè, ci mostra quanto sia imperfetta e inconcludente. Il processo accu-

quisitorio o secreto al *quarto momento storico*, succeduto all'istinto individualista dei capi franchi, ossia dell'alta giustizia signorile.

satorio e l'inquisitorio o si guardano come sistemi politici, o come metodi razionali. Nel primo aspetto li teniamo veri, com'è vero un fatto attestato dalla storia e accettiamo quelle denominazioni come caratteristiche di quelle due forme di processo. Ma nel secondo aspetto le ripudiamo assolutamente: parole che per noi non contengono vere idee e non ci dicon nulla di preciso. L'accusa appone ad un individuo un reato e ne propone la condanna, estendendo più o meno i mezzi di ostilità diretti a questo scopo. La *inquisizione*, senza nulla pronunciare, senz'affermare nulla, indaga e si va affaticando in varie guise per trovare il delitto. È chiaro che nessuna di queste idee abbraccia il processo, nè veggonsi in esse che due elementi distinti del processo e che concorrono a costituirlo. L'accusa da qualunque parte venga, in qualunque modo si formi, è necessaria ad eccitare la giurisdizione che non si muove da sè contro il reato. Anche nei processi inquisitorii vi è un'accusa. La inquisizione, che infine è la così detta istruttoria e che può essere segreta o non segreta, nello studio di un ufficiale giudiziario, o nella luce delle pubbliche udienze, è pure necessaria a chi vuol conoscere il vero. L'*inquisitio*, la ricerca, l'esame, è essenziale eziandio nel processo accusatorio. Abbiamo dunque dei ricordi storici, dei monumenti del passato, in quanto quei processi furono così piuttostochè in un altro modo, ma visti innanzi alla ragione non sono nè enti diversi, nè disformi, nè inconciliabili; non sono istituzioni compiute e perfette, se voglionsi diverse, nè si tratta di scegliere fra loro.

28. Il processo moderno si è emancipato, e ha fatto bene dalle reminiscenze classiche. Si è proposto di nuovo il problema: la verità come si trova? Come si dimostra? Quale è il metodo migliore? Quali guarentigie occorrono per escludere la passione e rimuovere l'errore? Si deve cominciare dall'accusa formale come facevano gli antichi; si deve cominciare dal formulare un oggetto e una domanda come si fa nei giudizii civili?

Non è logico cominciare dall'accusa, anzi non è possibile. L'*accusatio* supponeva già una estesa cognizione nell'accusatore e una preparazione di materiali e di prove, benchè una certa *inquisitio* compendiosa fosse lasciata alle cure del magistrato. L'accusa ci deve essere, anzi l'atto di accusa (di cui varia solamente la forma secondo la qualità del processo) è il termine della giurisdizione e il fondamento del giudizio.

Ovvero prendendo le mosse dalla investigazione e dalla ricerca, si verrà avanti nelle tortuose vie dell'analisi, e per essere logici e consentanei a se stessi, ogni operazione si farà col ministero del giudice e il giudizio sarà segreto?

29. La ragione si è applicata a questi problemi, e gli ha sciolti coi lumi della filosofia, e più ancora coi dati della esperienza; hanno dovuto segnalarsi nel processo due parti o momenti assai distinti nella funzione benchè identici nello scopo: l'istruzione e la discussione. La prima è affidata all'opera coscienziosa e solitaria del magistrato, ma ciò non vuol dire operare nelle tenebre e nel mistero: vuol dire unità di concetto e indipendenza dagl'interessi e dalle passioni. Tre cose sono necessarie: 1° accertare i fatti mutevoli e autenticare i fenomeni del reato cogliendoli nella loro prima apparizione; 2° acquistare una persuasione seria che un reato esista, che il colpevole può essere raggiunto, che a questo effetto non mancano i mezzi; 3° dare un ordine, una direzione, ai fatti empirici, appurarli e metterli in un certo rapporto onde renderne chiara la intelligenza, per fornire fondamenti all'accusa e agevolare il laborioso lavoro della pubblica discussione.

Pertanto non è inquisitorio il sistema nè cangia natura colla manifestazione dell'accusa. L'accusa non ha nulla di passionato o di ostile; nulla di comparabile alle antiche accuse. Viene un momento in cui il cittadino deve rendere conto delle sue azioni al magistrato criminale. Ma quante cure, qual sollecitudine della legge prima di arrivare a questo passo! Com'è allontanata l'idea del malumore, della precipitazione e della vendetta! Un magistrato afferma l'accusa ma un altro magistrato deve sanzionarla. E pure prescindendo da sì possenti guarentigie, tutta la differenza fra l'antica accusa e la nuova sta nell'oggetto e nel fine. Allora si accusava perchè un uomo, o più uomini, subissero condanna. L'accusatore antico si lancia contro l'accusato coll'armi in pugno, versa il sacco dei vituperii, lo denuncia all'abbominio del mondo. Il moderno accusatore è pronto ad alzare la voce in difesa dell'accusato se scorga indizii della sua innocenza, sentirà il dovere di disdire l'accusa, e chiamerà felice un tal risultato. L'accusa del tempo antico è la guerra fra cittadino e cittadino; e in vaste proporzioni, la guerra civile. Si disputa il diritto dell'accusa collo accanimento della stess'accusa (a). Nel processo moderno l'accusa

(a) Divin. in Verrem.

è una funzione; più ancora è un giudizio. Un magistrato ha dovuto consultarsi colla gravità delle apparenze e colla propria coscienza. Egli come non rappresenta la vendetta così non rappresenta la offesa; il fine prossimo della sua azione è la esecuzione della legge; ma in un fine meno prossimo e generale, è un magistrato che intende a reintegrare nell'ordine ideale le violazioni del diritto e ristabilire lo stato giuridico (a).

## § X. — *Continuazione delle armoniche attinenze fra la informazione scritta e la discussione orale.*

30. Avrei potuto portare più avanti le osservazioni, sino ad abbracciare ogni parte del processo. Ma avrei dato a quest'argomento una estensione maggiore di quella che merita. In effetto io qui mi prefiggo solo di mostrare che il nostro processo è un tutto omogeneo e ben inteso (non escluso il bisogno di migliorarlo non solo rispetto ad alcune disposizioni in particolare, ma eziandio a non pochi dei suoi istituti); che in questo suo insieme segue un ordine razionale, e abbastanza razionale; che il lavoro ufficiale e anche segreto, se vuolsi, che vi s'intrometta, non è pericoloso alla libertà, o almeno non lo è per la istituzione medesima ma, se lo fosse, lo sarebbe piuttosto per parziali difetti; e che non è da farsi gran conto delle obbiezioni che furono mosse a questo sistema, se non in quanto furono tenute importanti, anzi solide e vere, da un Carmignani. Non c'è argomento senza valore quando si annuncia con simili nomi. Manzoni nel *suo discorso storico* (b), trovò necessario ribattere a lungo alcuni obbietti del Romagnosi, quasi pel solo motivo ch'erano del Romagnosi, ove dopo essersi scusato da ogni taccia d'irriverenza dice: « Che l'autorità di uno scrittore, non che essere un impedimento ragionevole al contraddirgli, n'è anzi un ragionevole motivo ». Certo, se gli argomenti che abbiamo esaminati si trovassero in un libro dimenticato di uno scrittore oscuro, non ci sarebbe da far altro che lasciarceli stare: la

(a) Con queste parole ho voluto dar un primo segno che io non convengo colla maggior parte degli scrittori penali che il pubblico Ministero sia il rappresentante della società offesa dal delitto.

(b) Sopra alcuni punti della storia dei Longobardi in Italia.

fama dell'opera e dell'autore è, in questo caso, la sola cosa che possa dar peso all'errore e quindi motivo alla confutazione.

Contuttociò, essendochè in tali materie una trentina d'anni passata senza eco sopra una opinione anche autorevole, l'ha già quasi mezzo sepolta, ed essendo quindi l'interesse stesso che ispira il nome dell'autore perduto in gran parte, trovo proprio che si potrebbe omettere questo capitolo se non presentasse una buona occasione per isvolgere un poco più il tema in alcune sue parti essenziali, se pur anco non aprisse dei varchi a delle idee più generali.

31. Dirò adunque colla riverenza che è dovuta ad un gran nome e con quella franchezza che la verità richiede, che due mi sembrano gli errori fondamentali del Carmignani; 1° di avere considerato il processo *accusatorio* e il *quesitorio*, com'egli lo chiama, due punti opposti ed estremi (*a*), e due diverse nature di processi, quasi escludentisi e irreconciliabili; 2° di aver attribuita al principio politico dominante una influenza soverchiamente rigida ed assoluta, avvegnachè una influenza di fatto, in notevolissimo grado, abbiano sempre subito i processi criminali; e nell'ordine delle idee si riscontri una relazione tanto legittima quanto positiva fra il diritto pubblico del paese e il diritto penale (*b*).

32. E parlando innanzi della seconda proposizione, noi crediamo primieramente si deva distinguere fra il fatto e il diritto, fra un esame storico e un esame razionale o di principio. Il diritto politico può essere assorbente, e lo è senza dubbio quando s'identifica e si confonde collo stesso diritto pubblico, anzi egli stesso è il diritto pubblico e la somma di tutti i diritti. Quando *omnia jura* sono *in scrinio pectoris* di chi comanda; e quando i diritti della giustizia non si

(*a*) *Teoria della sicurezza sociale*, tom. IV, capit. III, fra i quali *estremi* incontra il *processo misto* ch'egli trova pieno d'ogni magagna, come più sotto veniamo a dire.

(*b*) La idea della *onnipotenza del giudice* nel sistema accusatorio proprio dei popoli liberi (capit. IV, pag. 49, nota 4, ediz. Pisa 1832) è certamente esagerata; come non meno peccante di eccesso, un poco all'uso Montesquieu, è la teoria intorno ai rapporti della giustizia col dominio di un solo, ossia colla Monarchia (detto cap. IV, *nella ipotesi della Monarchia*); come non ammissibili, almeno secondo il mio modo di vedere, e almeno nella loro totalità, sono i principii che ivi svolge sempre in modo assoluto, sulla podestà del principe in ordine alla giustizia penale.

percepiscono che subordinati e in una dipendenza necessaria dal diritto politico. Avvertasi però che queste due proposizioni non devono prendersi come assolutamente congiunte. Può comprendersi un principe assoluto che riconosca, proclami, e protegga i diritti della giustizia, non solo rendendoli indipendenti dal potere effettivo dello Stato, ma riconoscendone la superiorità e il legittimo dominio sugli interessi medesimi dello Stato nelle questioni giuridiche. Non vi è sicurezza pel diritto quando non è fondato sulle istituzioni ma nella volontà degli uomini: ecco il vero punto di divisione fra il reggimento costituzionale e il dispotico; ma non può dirsi di essenza che in una data foggia di governo si deva amministrare bene la giustizia e male in un'altra; molto meno che sia d'essenza una data modalità di processo nell'una o nell'altra foggia di governo, e la forma del processo sia assolutamente identica cogli ordini governativi. Il Mittermaier, solito a temperare col senno pratico ogni esagerazione della teoria, ha detto che lo sviluppo storico delle forme di procedura c'insegna che la *costituzione politica dello Stato concorse* a far adottare l'una piuttosto che l'altra (*a*). Io direi anche di più. Direi che lo *sviluppo storico ci ha insegnato* che la giustizia penale è stata pressochè sempre strumento e mancipio della costituzione politica: questo come un fatto, e un gran fatto perchè potrebbe dirsi universale, ma sarebbe nonostante un errore il fare del principio politico e del giudiziario un solo principio, e l'immedesimare la giustizia collo Stato, che sarebbe quanto escludere il concetto della loro indipendenza.

83. L'altra proposizione del Carmignani che fa del processo accusatorio e inquisitorio due metodi opposti e portanti in sè i caratteri che qualificano questa loro naturale opposizione, non mi sembra meno erronea malgrado egli intenda appoggiarsi alla stessa indole razionale di questi due processi (*b*). Se si dice che due metodi sono opposti

(*a*) *Teoria della prova*, p. 1, cap. III. *Procedura penale ted.*, p. 1, § 57.

(*b*) « L'accusa, comechè di sua natura logica *assertiva*, non può articolarsi se non abbia un soggetto *certo* su cui si possa appoggiare...... » t. IV, p. 58. « Il processo accusatorio è nella necessità di adottare nelle attribuzioni del giudice e nelle più decisive il criterio *istintivo* primieramente *perchè il giudice popolare non ne può aver altro.....* » p. 61. « Se il processo accusatorio *è quasi la cosa medesima del giudizio civile* (anche questa è una espressione grandemente inesatta) niente vi ha *che alle forme di questo giudizio repugni quanto l'inquisitorio.* Non essendovi accusatore e *perciò reo nemmeno*, tutto operandovi il giudice, non

perchè hanno una diversa maniera di dimostrare una verità, non faremo contrasto; ma che due metodi inteso ognuno alla sua maniera, a dimostrare una verità, non possano prestarsi vicendevole appoggio ed aiuto per arrivare a quel fine, quando si tratta di una serie di operazioni distinte e successive; e che la varia applicazione di codesti metodi non possa tornare giovevole secondo la natura di esse operazioni e lo stadio più o meno inoltrato e maturo della cognizione, è ciò che non può ammettersi. È un male per la indipendenza della nostra ragione l'esserci avezzati a non considerare tali idee che nel loro abito ufficiale e attraverso al ministero e alle funzioni che esercitano: spogliandole di quell'apparato, il processo accusatorio e l'inquisitorio, come vogliono chiamarsi, non sono *che due forme del raziocinio.*

Il Carmignani ha dato due capitoli della sua grand'opera (*a*) a sostenere questo paradosso. Quando Mittermaier ha preso a trattare un soggetto, per verità non c'è nulla da aggiungere. Egli s'incaricò di confutare quel paradosso: chi meglio di lui (*b*)?

Se qualche cosa diremo per conto proprio, egli è per completare la dimostrazione che abbiamo anche noi voluta prenderci sulle spalle. Ma lasciando il resto, vedremo se alcuna buona conseguenza possa dedursi dalla relazione che il grande criminalista trovò fra la teoria della prova criminale e l'indole, secondo lui, affatto opposta dei due processi.

Evidentemente, poichè questi sono sistemi opposti, egli doveva preferire l'uno all'altro: scegliere fra i due; e la sua scelta, si vede nel complesso di tutte le sue idee, è per il processo inquisitorio. Il Carmignani non ebbe mai simpatia pei giudizii popolari; uomo di grande scienza, egli era di quelli che hanno una fiducia illimitata nella scienza.

Egli avrebbe rifiutato il processo accusatorio solo perchè, nella mente sua, ha la presunzione di non appoggiarsi nella scienza. Un giudizio criminale fondato nella convinzione dell'animo, e che tien conto *persino degli indizii,* gli parve sempre una cosa deplorabile: e censu-

può concepirsi in questo processo *contestazione* di lite, ed è *un vero controsenso* l'asserire che la lite tanto coll'accusatore che col giudice si contesta » Leg. 74.

(*a*) La sua opera — *Elementa juris criminalis* — meno originale si vuole, ma più perfetta.

(*b*) *Trattato delle prove.*

rando quella mente superiore del Beccaria che osò asserire che il miglior modo di avere dei buoni giudici era non di farne la scelta ma di cavarli a sorte, vale dire, egli soggiunse, che la ignoranza è preferibile alla scienza, e scusò il Beccaria collo stato imperfetto delle cognizioni ch'era a' suoi giorni (*a*). Per l'illustre professore di Pisa, il metodo inquisitorio è il vero e naturale custode *della prova legale;* e la prova legale è la suprema guarentigia dei giudizii. Per lui la prova legale è una formola ristretta che non comprende che alcuni mezzi della dimostrazione; quei soli mezzi che contengono in sè tutta la prova, e possono valutarsi *a parte ante* indipendentemente dai rapporti specifici con un fatto determinato e presente. Sono tali la prova per confessione, e la prova di due testimonii. Se il metodo inquisitorio fa tesoro di tutto questo, e rifiuta *il concorso della prova circostanziale*, basta bene per condannarlo (*b*). E poichè il secolo non ama vedere i fatti della prova attraverso gli occhiali dello scriba, si dovrebbe rinunciare ai vantaggi di quel metodo quando non potesse conciliarsi col processo orale.

34. In effetto all'indole naturale della prova come da noi si concepisce, corrisponde il nostro processo orale. *La oralità* è il vero concetto dominante, la caratteristica dei nostri processi. La parola *in-*

(*a*) T. IV, cap. XVII, § *il giudicio delle cose* — in fin.

(*b*) Bentham, *Traité des preuves*, vol. 1, p. 397. Mittermaier, *Trattato delle prove*, p. VII. Si chiama ancora *prova artificiale*, della quale scrissero in tempi recenti appositi trattati Wills, Besy e Burril. Ma che sono mai i giudizii umani! Mentre un criminalista della risma del Carmignani, aboliva come fallace anzi come indegna di comparire fra le prove la indiziaria, oggi si dice che la sola prova indiziaria è sicura (Paley, *Princip. di morale*, c. IX): *gli indizii non mentiscono mai.* E ciò è vero, perchè sono fatti di natura e non dello spirito umano. Ma l'arbitrario, come osservò egregiamente il Mattermaier, va a porsi necessariamente nel giudizio che deve collegare gl'indizii, e riunirli a un fatto principale. In Inghilterra certi principii o regole che la esperienza ha insegnato a riguardare fondamentali, fanno l'ufficio di termini o di guide alla interpretazione dei meno veggenti. Oltreciò non si tengono in conto certi dati troppo generali, come la buona o cattiva fama; e certi altri troppo particolari, come il contegno dell'accusato. Lascieremo questo sistema agl'Inglesi seguiti però da altre legislazioni. Ho detto di sopra che *indizii* sono quelli che non contengono tutta la prova; ma non perciò la prova per indizii fu, nella più comune teoria, bandita dai processi inquisitorii; e basterebbero i libri del Claro e del Menocchio. Gl'indizii dovevano *essere indubitati:* e la legge si era incaricata di stabilire, e Dio sa con quale fatica! ciò che è indubitato e ciò che non è.

*quisizione* non è più nel nostro vocabolario giuridico: voce, che mi permetterei di chiamare, disonesta; nè solo per la mala fama, io la rigetto, ma eziandio perchè non potrebbe più rendere esattamente la idea. La storia ha dato alla *inquisitio* un significato di collettività, e di dominio che ora più non le spetta. La informazione scritta (se con quel nome volesse esprimersi) non è sostanziale, non è il processo stesso, come l'antica *inquisitio;* è accidentale ed episodica. La *inquisitio* (almeno secondo il senso che ci fa nel pronunciarla) o processo inquisitorio, che è poi lo stesso, *scrutat renes et corda* e si figge nell'accusato come il succhiello nel sangue. La nostra istruzione o informazione scritta non pretende nulla di questo, non è sanguinaria e nemmeno petulante e indiscreta: non fa altro che raccogliere dei materiali e ordinarli; ma l'istruttore non giudica dei materiali e neppure dell'ordine in cui gli ha posti. La istruzione preliminare può dirsi parte del processo orale perchè non è che una preparazione e un ausilio del processo orale. Non c'è contraddizione di sistemi ma piuttosto armonia di mezzi e unico fine (*a*).

## § XI. — *Relazioni fra lo Stato e la giustizia penale.*

35. Non è forse lo Stato che amministra la giustizia? La giustizia emana dal Re; è un canone del nostro diritto pubblico scritto. Si può concepire la giustizia senza un potere a tutti superiore a cui gli uomini debbano sommissione ed omaggio? Ma quell'altissimo potere

(*a*) Se forse si eccettuano alcuni Stati d'America, la istruzione preliminare, preparatoria della istruzione pubblica, è adottata in Francia, in molti Stati di Germania, e non esclusa dal processo inglese, quantunque ivi soglia essere assai breve e sollecita, e talvolta il testimonio sia sentito in presenza dei testimonii (MITTERMAIER, *Il processo orale e accusatorio*). Questo dottissimo dei giuristi pratici, ne riconobbe la utilità anche nei più recenti scritti intorno alla legislazione di Wurtemberg, non senza però esporre desiderii per introdurre riforme in Germania; fra le quali, restrizione di poteri nel pubblico Ministero, maggior chiarezza e precisione nella costruzione e dettato delle leggi, maggior cura per la libertà degl'imputati (*Monitore dei Tribunali*, Milano 12 marzo 1864). Ma questo oltrepassa il mio tema.

Qui mi conviene avvertire che il Carmignani parlando dei *processi misti*, intende principalmente quelli nei quali i giudici magistrati decidono colla convinzione morale anzichè colla prova legale che a lui parve assurdo anche maggiore, e non ebbe tutto il torto.

dal quale si dice emanare la giustizia, egli non la esercita: perchè mai non la esercita? Si astiene egli forse, non già perchè, fonte della giustizia, non possa esercitarla, ma per un sistema d'ordine e di convenienza? I giudici esercitano la giustizia per delegazione del principe o dello Stato? (prendendo ora questi concetti come identici). O piuttosto la giustizia deriva da una sorgente anche più elevata, da più sublime altezza: è un elemento essa medesima della sostanzialità dello Stato; una delle forze dello Stato, e non già uno de'suoi attributi e una espressione pura e semplice del suo potere?

Simili questioni, e altre che si potrebbero aggiungere si presentano nel tema che io tratto. Pei giuristi, pei commentatori dei Codici, per gli uomini del fatto pratico, la giustizia suona *instituto;* un principio, ma operante, effettivo, ministro di grandi cose negli ordini della vita reale. Ciò quanto alla giustizia in genere, non esclusa cioè la civile: ma il discorso si applica più fortemente, più sicuramente, alla giustizia penale. È uno istituto: uno istituto potente di mezzi istrumentarii ed organici per raggiungere due fini che gli son proprii; uno reale nel giro delle cose sensibili, l'altro ideale, più grande ancora, e generale; il primo nei termini del diritto individuale e privato, giusta il quale ognuno dev'essere giudicato secondo le proprie azioni e trattato conforme il merito; il secondo si appunta nelle considerazioni speculative del diritto violato e della turbazione dello stato giuridico. Non solo un tale instituto non può concepirsi fuori dello Stato, non solo non può concepirsi senza l'opera dello Stato, ma si dura fatica anche a comprenderlo in qualche modo indipendente dallo Stato, e non vivente, e a così dire, nuotante in esso come nella sua naturale atmosfera. Questa più che relazione, coesistenza e, se si passasse la parola, contubernio dello Stato e della giustizia penale, ci è mostrata dalla storia in tutto il corso, si può dire francamente, non interrotto delle età; e con un effetto ben facile ad immaginarsi, collo effetto di vedere sempre la giustizia penale stretta nelle braccia dello Stato che può anche soffocarla, volendo.

36. Con tali e tanti esempii, e forse perchè abbiamo tutti questi esempii, noi ci sgomentiamo alla idea di una giustizia penale in balia dello Stato.

La soggezione della giustizia penale allo Stato, quella balia, parola anche più propria, che è ben funesta perchè lo Stato ne ha

quasi sempre abusato, e può sempre essere disposto ad abusarne, è forse una necessità delle cose. un ordine di natura, in quella guisa che il braccio e la mano servono alla volontà mia, e la volontà mia ne regola il moto? fortunatamente, no, se si comprenda lo Stato non come una condizione di forza ma come un aspetto del diritto, in altri termini, se consideriamo lo Stato in relazione al diritto, nella sua astratta impersonalità, nella sua ragione di essere.

37. Lo Stato è l'ordine organizzato nel popolo (a), per mezzo del diritto. Solo gl'individui hanno dei diritti; cioè sono soggetto e oggetto di diritto: la somma di questi singoli è il popolo. Ogni membro di questo grande aggregato, ogni individuo, è un tutto, un fuoco, un centro in cui si appuntano tutti i diritti; e se per lui solo fosse stato edificato il mondo, egli avrebbe bastato ad esso. Ora cosa vuole mai da noi questo mondo che si affaccia e si spiega innanzi agli occhi nostri? vuol essere compreso. Ebbene, quell'uomo, anche solo, lo avrebbe compreso. Adunque tutti costoro, non come massa, non come aggregato, non come insieme, ma come individui hanno dei diritti: diritti che non sono altra cosa se non la facoltà naturale e sociale che ogni uomo ebbe da Dio per compiere i suoi alti destini.

38. Noi abbiamo anche delle facoltà sociali, l'ho già detto, e sono ingenite e naturali non meno di quelle inerenti alla persona umana. Egli è che la sociabilità è la condizione per la quale le nostre facoltà possono svolgersi, è condizione a percorrere direttamente le vie che menano al fine. Ora le *sociabilità è lo Stato* astrattamente considerato.

La sociabilità è un concetto che genera i due seguenti: collettività, ordine. La *sociabilità* produce la *società* come atto ed effetto; produce le relazioni giuridiche fra gli esseri umani. Queste relazioni sono intieramente la materia del diritto.

39. Quindi le leggi; quindi la direzione delle forze vive, fisiche o morali, che giovano al comune; quindi la repulsione dei mali che minacciano quest'aggregazione, sono opera dello Stato, ne rappresentano il còmpito, ne constatano la necessità.

(a) Il Savigny esprime un concetto identico. Invece Dupont-White (*l'individu et l'état*) ha detto: *l'essence de l'état est d'être le pouvoir de la raison exprimée par la loi*. È un concetto essenziale ma che può esprimersi in molte guise, e si intende sempre a un modo.

Lo Stato (idea) o persona morale è il diritto in quanto si distribuisce con moderazione e con regola sopra una unione d'uomini; lo Stato, idea, ma pur sempre vestita di esteriorità e di fatto, è l'atto stesso del diritto che si mette in moto e si manifesta principalmente nella sua azione protettrice, senza la quale le condizioni della vita sociale non sarebbero raggiunte: e per conseguenza (è una di quelle conseguenze che fanno un sistema) non sarebbero raggiunte le condizioni preparate all'individuo umano dai decreti eterni della Provvidenza nello scopo della sua morale destinazione (*a*).

È d'uopo che io abbia ben chiara la idea metafisica di quello che è lo *Stato* perchè, vedendo quella sua gran macchina in azione, io mai non la credessi fatta per ischiacciare e divorare gli uomini; e apprendendo il fine, conosca i mezzi che si devono adoperare.

Lo Stato c'è perchè gli uomini hanno volontà è libertà d'arbitrio, perchè dell'una e dell'altra abusandosi, s'invade coll'eccesso la libertà degli altri, e col difetto si limita indebitamente la facoltà degli altri. È quindi necessario un potere regolatore e moderatore. Io suppongo per un momento (ma per un momento solo) che tutti al mondo siano santi. Ognuno ha nel cuore la nozione del giusto, e l'abito indefettibile della giustizia; ognuno vive come deve, nessuno fa male agli altri. Il diritto regna. Di leggi morali e civili e di giudi-

(*a*) *L'homme et l'univers en abrégé* ha detto Cousin, con poco rigore filosofico. Non sono di quelli che divinizzano *l'io*, intendiamoci bene: e quel ch'è più, non faccio un trattato di metafisica. Quello che io diceva più sopra dell'individuo umano con espressioni forse colorite, ma che io non cancello però, non riguarda che la sua personalità di diritto. Mi piace di non vedere nell'uomo un ente che nasce e muore sul posto come la pianta, e collego il progresso delle cose materiali e morali colla grandezza de' suoi destini. Del resto la più grande apoteosi del *me*, che non è quella che io voglio fare, può conciliarsi coll'idea del bene assoluto, con una destinazione umana, sovranaturale e col principio della fede, se s'interroghi il Fichte, il quale pone, *che io debbo credere reali le cose per seguire l'istinto della mia destinazione*... e più avanti... *che la coscienza mi rivela la esistenza di un altro mondo* (*De la destination de l'homme. Trad. Paris*, p. 1836, 52, 53). Più elevato o almeno più largo e più facile dimostratore il Cousin, *Cours de philosoph. introduct.* Il Pescatore ha posta questa base della filosofia sociale nella sua *Logica del diritto. La destinazione morale dell'uomo è la prima sorgente di tutto il diritto individuale e sociale.* (Epigrafe al capo 11). Ciò è benissimo, e meglio ancora, sapientemente detto: del resto egli pure non aveva bisogno che di determinare dei punti di partenza; dei principii sintetici che hanno dietro sè degl'interi sistemi.

zii faremo senza. Nel vuoto desolante lasciato dalla ingiustizia e dalla perfidia subentra lo Stato. Lo Stato adunque è il diritto, e merita gli elogi che gli furono prodigati (a).

Lo Stato si divide e si suddivide e moltiplica i suoi lavori. Le sue funzioni principali possono distinguersi in tre; 1° definire il diritto; 2° proteggere il diritto; 3° promuovere gl'interessi legittimi e proteggerli. Tutti questi sono altrettanti doveri: lo Stato adunque non ha che dei doveri.

Lo Stato non ha diritti? Si ne ha, ma i suoi diritti non sono altro che i mezzi posti in mano sua per compiere la missione che gli è affidata; ossia aventi per oggetto il dovere e subordinati al dovere. Quindi 1° ha il dovere di usare i suoi diritti; 2° non può usarne in un modo diverso da quello che si deve per compiere il dovere.

Questo concetto dello Stato non può aversi, e lo Stato non può averlo di sè, se non quando il diritto è entrato nella coscienza pubblica e trae anche nella sua orbita il capo dello Stato. Chi regna deve sapere ch'ei regna per gli altri e non per sè, ch'egli comanda soltanto perchè ha dei doveri da compiere. Non deve presumersi un privilegiato delle sfere celesti. Deve avere la coscienza della origine dei suoi poteri. Dopo ciò, messo in alto, sarà a tutti venerabile e sacro, come l'organo primo e il supremo rappresentante del diritto. Se panteismo c'è, c'è nel diritto che è uno nel tutto; nell'individuo, nella società, e nello Stato.

## § XII. — *La giustizia penale e lo Stato costituzionale.*

40. Lo stato costituzionale è l'affermazione e la consacrazione solenne del diritto. Il diritto pubblico che è scolpito nelle sue tavole di

(a) Cousin ha detto: *La giustizia costituita è lo Stato. La missione dello Stato è di far rispettare la giustizia colla forza. La società civile e politica è la giustizia in azione col mezzo dell'ordine legale rappresentato dallo Stato.*

Hegel in un'altra forma: *Lo Stato è la realtà della concreta libertà. La concreta libertà consiste in quanto la personale individualità e i suoi particolari interessi abbiano il loro pieno svolgimento e riconoscimento del loro diritto.*

*Il principio dei moderni Stati* (mi piace di vedere segnalata questa separazione dagli antichi) *ha questa immensa forza e profondità di lasciare svolgere il principio della subiettività sino agli estremi della personale individualità, e insieme chiamarla a una sostanziale unità, conservando questa in quella.* (Filosofia del diritto p. 282).

marmo non è soltanto una regola di condotta e un programma di giustizia; è la proclamazione del regno del diritto sostanziale, ossia del diritto di tutti e di ciascuno nella sua immanente e perpetua impersonalità. La impersonalità giuridica è il vero e altissimo carattere, lo stigma sublime, che separa lo Stato costituzionale dallo Stato dispotico, autonomo, e padrone. In questo il diritto è accidentale, perchè fluisce dalla volontà individuale; in quello è essenziale perchè identico, cioè una cosa sola collo Stato.

41. È venuto il tempo nel quale si può contemplare la giustizia penale nella sua essenza, cioè nelle sue relazioni col diritto universale formulato nello Stato.

Per lungo corso di secoli il nome di *giustizia penale* non fu pronunciato: in qual nome si puniva? In nome dell'interesse senza dubbio; per atterrire, per dar soddisfazione al sentimento del popolo indignato, per impedire nuovi disordini, nuovi delitti. Vero è che un confuso senso di giustizia era in tutto questo: malfattori, si punivano: uno stato ordinato si proteggeva dai loro attacchi; le sostanze dei cittadini si sottraevano alle loro rapine, le vite, ai loro coltelli; la punizione prometteva la sicurezza, e la pace nei cuori andava rinascendo con tali speranze. Ma fra tutte queste buone cose, in mezzo a quest'affetti naturali e giusti, la giustizia pericolava per mancanza di equilibrio, essendochè il peso era tutto da un lato, dal lato dell'interesse sociale.

Perciò non si domandi all'antichità la proporzione delle pene. La proporzione delle pene, gioverà il farne ricordo, è il sintomo forse il più espressivo, che la penalità è entrata nella coscienza del diritto.

Vedremo quindi un gran numero di delitti, rassegnati per dir così, a torme sotto una medesima pena: molti alla morte, molti all'esilio; una massa scartata lasciata quasi impune alla piccola soddisfazione delle multe civili. Ma questo eccettuato, per vizio di un'altra specie, in tutto e sempre preponderare la idea della forza sul colpevole e della gravità della pena. Il terrore, lo strazio: ecco gli elementi della pena, e i fattori della sua potenza. Lo strazio pel colpevole, il terrore per gli altri! Strano e doloroso fenomeno! C'incamminiamo a gran passi verso la civiltà; la luce delle scienze è ricomparsa coi suoi nuovi splendori; da lungo tempo la giurisprudenza risurse dalle sue ceneri. Eppure la pena continua ad essere strazio e terrore! Lo dicono le leggi in cui è scritta; lo dicono i giudizii che la pronunciano; lo dice

la coscienza pubblica. Sì, la coscienza pubblica. Chi mai non trovò giusto, chi non provò un sollievo dell'animo, chi non sentì una specie di consolante ebbrezza all'orribile supplizio del Mora e dei compagni untori? Eravamo in pieno secolo XVII!

42. La giustizia è adunque un concetto della mente; e come ogni concetto di ragione, si matura col progresso delle cognizioni che gli sono proprie e cogl'incrementi della scienza (a).

Vi è di più per quei concetti di ragione che sono destinati a trasformarsi in istituzioni e a governare il mondo. Per essi non basta il vigor della mente, il genio speculativo, il consenso dei dotti; e non basta neppure in tutto la scienza, benchè la scienza supponga una potente attitudine delle menti contemporanee a certi dati giudizii. Quei tali concetti non sono fecondi, non approdano, se non in concorso di circostanze che si verificano in alcuni tempi e non in altri; in ordine a certi popoli e non a certi altri. Insomma a comprendere la giustizia penale non bastava la comparsa del Vico e del Beccaria; era forse necessaria la rivoluzione dell'89: era necessario che le idee passassero nel popolo e nella coscienza del popolo, che chiamiamo ugualmente coscienza pubblica; era necessaria infine la civiltà nuova.

43. Ora la penalità, al confronto di non molti anni addietro, ha decisamente mutato carattere; e, se guardiamo i dettati della ragione e della scienza, ha acquistato il suo vero carattere. Da lungo tempo i dolori del paziente cessarono dal rallegrare le moltitudini: ora anche il terrore, questo effetto che sembrò sì naturale e sì necessario attributo della pena, si ripudia da tutte le parti (b).

Il concetto della giustizia penale tornerebbe a' suoi principii. Vediamo cosa sia.

## § XIII. — *Continuazione.*

44. Per comprendere l'azione legittima dello Stato sulla giustizia penale, bisogna distinguere ciò che vi ha in essa di convenzionale

(a) Se non fosse un concetto della mente, e fosse invece un sentimento com'è il bene e il male morale non avrebbe stabilità nè unità, nè quindi essenza di ragione: vedendo noi quanta sia la differenza fra la coscienza pubblica illuminata dalla ragione, e quella che si abbandona all'impeto ed al senso.

(b) La Camera dei deputati abolì la pena di morte in seguito della opinione più pronunciata della stampa liberale e di numerose adunanze popolari.

mutabile ed arbitrario, da ciò che vi ha di essenziale, permanente, immutabile.

Non possiamo salire troppo in alto colle nostre investigazioni, sino al diritto di punire. Noi lo riteniamo e non discutiamo verun sistema, ma non dobbiamo dispensarci dall'esaminare gli elementi della penalità.

*Vi è il diritto di punire perchè vi è il dovere di punire.* Noi raccomandiamo questa idea che rientra nella nostra definizione dello Stato.

È questo uno dei non pochi casi in cui il dovere genera il diritto. L'educatore ha il dovere d'imporre delle ammonizioni e dei gastighi a' suoi alunni disobbedienti perchè ne ha il dovere; e solo per questo. Il popolo si è organizzato nello Stato; lo Stato ha creato l'ordine sulla base del diritto; ma l'ordine (e con esso intendo le condizioni più convenienti del perfetto e desiderabile stato giuridico) ma l'ordine è minacciato dal delitto. Fermiamoci.

Lo Stato (seguiterò a chiamar così questo ente morale che domina e provvede) lo Stato prevede che ci sarà il delitto: prevede che l'ordine sarà turbato. Bisogna riparare in tempo, antivenire l'opera stessa del delitto.

Generalmente, tutti gli scrittori, che hanno trattato *a priori* la materia del diritto penale, hanno finito col convenire che vi deve essere una legge penale; che questa legge penale deve avere la sua esecuzione quando è stata commessa l'azione ch'essa ha vietato; che vi dev'essere un giudizio per applicare la pena comminata all'individuo colpevole. D'accordo in questi fatti, e in questa serie di fatti, hanno poi lavorato intorno ad una teoria che non è altro che la spiegazione, o se volete, la giustificazione di quei fatti medesimi. Altri ha detto che è la società che si difende; altri che può bene chiamarsi una difesa, ma deve chiamarsi *difesa indiretta* non avendo riscontri d'analogia abbastanza forti con quella di una persona aggredita che respinge la offesa; altri hanno sostenuto con molta vigoria, e sono sempre in maggioranza nel tempo che corre, che il sistema della difesa, anche travisato di necessità, è un sistema utilitario; che non può essere la base di un diritto; che fa dell'uomo un mezzo, una vittima sacra alla vendetta sociale; che tende ad esagerare la pena; la penalità non avere altro fondamento, altra giustificazione vera che nel principio di giustizia (*a*).

(*a*) Kant, Rossi, Mamiani teoria del *bene assoluto intorno alla origine del di-*

Siamo forse venuti ad occuparci di sistemi dopo aver dichiarato di non volerlo fare? No. Ma ora si vedrà ch'era necessario di darne un cenno.

45. Nel punto di vista in cui vengo a pormi non ho bisogno di cercare col pensiero sotto quale aspetto la penalità apparisse ai primi legislatori, in età assai meno civili e lontane; a Licurgo ed a Numa. Guardo lo Stato com'è al presente, ossia come l'intendiamo al presente. Perchè si scrive il Codice penale? Per prevenire il delitto colla minaccia: ciò è chiaro.

Facciamo anche qui una ipotesi, impossibile. Gli uomini non romperanno la legge; ognuno rispetterà i diritti degli altri; dei peccati se ne faranno ancora, come sempre; delle cattive, delle perfide azioni non mancheranno; ma alle leggi dello Stato si farà di cappello. Vado più avanti. Non si commetterà nessuna di quelle azioni che formano il soggetto del Codice penale, benchè non esista il Codice penale, ossia benchè non esista la minaccia, perchè gli uomini sentono già per se stessi e sono persuasi che così sarà il meglio e per loro e per la società di cui fanno parte.

Allora sarà inutile il Codice penale e non si scriverà. Ma e i disordini che ci sono, e i mali che si commettono contro la religione, contro la morale e contro la onestà? Lo Stato risponde, tutto ciò non mi tocca: l'ordine esteriore regna; io non mi occupo di quei fatti per quanto biasimevoli e indegni dell'uomo onesto: a me basta che si rispetti la mia legge, e il mal fare si arresti a quel punto ove comincia il mio divieto, o il mio pericolo.

Io preparo al delitto la pena: io la minaccio prima di scagliarla sopra un delitto che in effetto non si è ancora avverato, non propriamente ed oggettivamente per punire *un male perchè è male;* ma a prevenirlo, o possibilmente evitarlo, *perchè mi fa del male.*

La polemica del diritto di punire ha rimesso della sua importanza;

*ritto di punire.* Lettere al Mancini. ZACHARIAE, *Principii del diritto criminale filosofico.* RICTHER, *Il diritto penale filosofico fondato sulla idea della giustizia.* HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche, filosofia del diritto* ».

Fra gli ecclетici che mirano ad associare la idea della giustizia assoluta coi fini contingenti della pena. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel.* ROSMINI, *Nella filosofia del diritto.* MANCINI, *Lettere al Mamiani.* ORTOLAN, *Introduction philosoph. à l'étude de la législation pénale comparée* e in altre opere. BERTAULD, *Cours de Code pénal.*

problema pieno d'interesse al risvegliarsi della scienza che sentiva il bisogno di risalire ai sommi principii, ma logorato oggidì dalle teoriche, è da considerarsi troppo astratto in mezzo alle esigenze ardenti dell'attualità. La ragione e lo scopo della pena è soggetto che merita maggiore attenzione, e difatti occupa molto più la mente e le penne degli scrittori. A noi, che possiamo appena lambire questi grandi temi, non è dato di fare un esame comparativo.

46. È stato già notato da altri, e specialmente da Fenerbach e da Baver (a) la gran confusione che è stata fatta degli elementi della penalità: causa forse precipua della divisione dei sistemi.

47. Lo Stato (b) non si dispone a fare delle leggi penali per la morale soddisfazione della giustizia: no, riteniamolo bene, e deponiamo le utopie. Lo Stato subisce la necessità del Codice penale perchè sente che il delitto gli prepara un pericolo, perchè apprende la importanza e gravità del pericolo.

48. Questo è un fatto universale dei legislatori penali: è un fatto di tutti i tempi, perchè nella natura delle cose. Questa veduta, che in fondo dà ragione ai propugnatori del sistema della difesa e che permette dei calcoli giusti e tranquilli, è stata in altre età oscurata dalle passioni stesse dei legislatori quando s'impegnarono a vendicare colle leggi penali le offese della giustizia, poichè tratti a considerare tali azioni per la malvagità loro anzichè per quel danno o lesione che sarebbero per recare alla generalità dello stato giuridico, le contemplarono con ribrezzo, e le gastigarono (poniam pure) nel loro merito intrinseco che è il cómpito della giustizia pura. Così l'adulterio, reato che in relazione al danno dello stato giuridico, è giudicato con grande mitezza da tutte le legislazioni civili, era atrocemente punito; e nelle leggi teocratiche, con un genere prediletto di pena: la lapidazione. La quale pendenza di ragguagliare la pena alla moralità intrinseca dei fatti punibili si fa sempre vedere nei Codici dei paesi teocratici; onde nel pontificio le galere si prodigano larga-

(a) *Teoria dell'ammonizione, trattato di diritto penale, trattato del processo penale* ed altri scritti.

(b) Io continuo a chiamare con questo nome l'ente che generalmente si chiama *società*, che io riguardo come una relazione di diritto e una condizione essenziale della vita giuridica, e infine come un concetto di ragione; non come una persona avente intelletto e volontà, giusta quello che ordinariamente si assume, attribuendosi alla società voleri, scopi, affetti, passioni. Ma di ciò più avanti.

mente ai delitti di religione, di cui si formulano dei tipi speciali, alle bestemmie, ai delitti di carne, all'adulterio, alla sodomia, agli stupri consensuali ecc., a tutto quello che infine i Codici dei popoli civili riguardano, come o nulla o ben poco pertinenti alla competenza dello Stato. Perciò quelli che prefiggono alla penalità le norme della intrinseca e morale giustizia delle azioni, ne snaturano lo scopo che è veramente politico, secondo il concetto della vecchia scuola; e autorizzano queste due conseguenze; 1° che siano assegnati a certi reati pene assai più severe di quelle che ricerca la condizione effettiva dello stato giuridico: 2° che non possa minacciarsi pena a quelle azioni che non sono cattive per se stesse, e che non hanno altro torto che di mettere in pericolo lo stato giuridico.

49. La giustizia pertanto non ci deve entrare per nulla nella mente e nella formazione di un Codice penale? ah la giustizia entra in tutte le cose buone! La giustizia sta nel non vietare sotto sanzione penale che quelle azioni che ledono veramente lo stato giuridico. La giustizia sta nella scelta del genere della pena che deve comprendere moltiplici fini onde pur essa si rivolga allo scopo del bene (*a*). La giustizia sta nella proporzione delle pene in relazione all'indole e gravità dei reati ritenuti nel Codice. E finalmente nel commisurare l'oggettività della pena alla soggettività, cioè al grado di colpabilità dell'agente.

50. Lo Stato non dev'essere contento a sistemare con giustizia i duri rimedii d'un male non evitabile che in parte, ha un'altra giustizia da fare, quella di educare, di aiutare lo sviluppo dei buoni istinti, di civilizzare il popolo. Ma intanto non perdiamo di vista i fini del suo terribile lavoro. Proteggere lo stato giuridico che può chiamarsi ugualmente bene *la libertà di diritto*. Questo è il fine remoto o generale. Ammonire i cittadini onde sotto la comminatoria di mali sensibili si astengano dal commettere azioni vietate dalla legge: ecco il fine prossimo e diretto (*b*).

Le pene non sono che mali e non possono essere che mali; male però di un individuo è bene di tutti. Adunque, *tu dixisti*, l'uomo è un mezzo, la legge lo sagrifica all'interesse, sia pure l'interesse

(*a*) Servendo alla emendazione, porgendosi come una espiazione morale, anzichè sofferenza fisica ecc.

(*b*) La teoria dell'ammonizione è forse meno suscettibile di obbiezioni che quella della *coazione psicologica*.

generale: è adunque vero che si puniscono i delinquenti futuri: la obbiezione senza replica che si fa ai sistemi di Romagnosi e di Carmignani!

## § XIV. — *Continuazione.*

51. Ora è tempo di esaminare l'ufficio vero e proprio *della giustizia penale.*

*La giustizia* non è qui considerata come quell'abito generale che informa ogni onesta, ogni istituzione onorevole: non è altro che *la retta applicazione della legge penale.*

La minaccia della pena non ha avuto il suo effetto. Il delitto è stato consumato. Cosa rimane a fare? Cercare il colpevole, trovarlo, fare la giustizia: cioè applicargli la pena se è veramente colpevole.

52. Nelle relazioni di causalità, la legge penale è la *causa*, e il giudizio è l'*effetto*, poichè il giudizio è fondato su questa e per essa sussiste. In ordine al fine sono due istituzioni distinte. La prima è *generale*, la seconda *individuale;* la prima è *preventiva*, la seconda è *successiva;* quella si preoccupa dell'avvenire, solleva una barriera contro i delitti che si volessero commettere; questa, caduta la barriera, esamina il fatto già venuto nel dominio della storia, e giudica un uomo per quanto ha operato.

## § XV. — *Indipendenza della giustizia penale dallo Stato.*

53. Di tal maniera una parte di ragione è in amendue i sistemi; hanno ragione quelli che dicono, e dove dicono, che lo Stato o la società scrive la propria difesa quando scrive il Codice penale e non mira che ai delinquenti futuri; hanno ragione quelli che sostengono che la pena è la giustizia, e se non fosse la giustizia, indipendentemente da qualsivoglia senso di utilità e d'interesse sarebbe un fatto, un fatto semplice, un fatto della forza, intelligente se volete e diretta a buon fine, ma *diritto* non mai.

Se non che i primi contemplano colla loro teoria la legge penale non il giudizio, e se non in tutto dimenticano il giudizio, non lo considerano come una istituzione diversa e sostanziale ma quale conseguenza; gli altri, più teneri della dignità umana e più ossequiosi

ai principii del diritto, sembrano non essere chiari in ciò: che egli è nel giudizio principalmente che la nobile loro teoria trova applicazione.

Difatti proviamoci a rovesciare l'ordine delle idee, e vedremo che c'è sempre un lato del concetto nel quale la teoria si mostra insufficiente.

Il diritto penale, dicono gli uni, è giustificato dalla necessità di conservare l'ordine sociale; la pena *è un ostacolo politico*, e un motivo di dolore opposto ad un altro motivo, al piacere e alla soddisfazione che il reato promette; ha per oggetto prevenire i delitti, e dare collo spettacolo della pena un esempio a coloro che si sentissero disposti a commetterne. Rossi invece, trattando *della origine del diritto di punire* (cap. XII, introduz.) ha detto: « Un uomo viene accusato di un delitto e tradotto avanti la giustizia; vengono amministrate francamente, lealmente le prove della sua colpabilità, esse sono forti; il delitto è constatato, ed il di lui autore viene condannato ad un'equa punizione. *Questo giudizio soddisfa a tutte le coscienze; egli ne ottiene l'assenso; egli lo ha ottenuto in ogni tempo e in ogni luogo. Il giudizio è legittimo, la condanna è giusta. Ecco due punti sul quale va d'accordo il genere umano. Esso non chiede già dei titoli al potere sociale che punisce; egli li riconosce implicitamente e ne sente la lealtà e la legittimità* ». Evidentemente, qui stanno a fronte due principii: il principio politico, il principio morale e di coscienza. Ma il principio politico avrà esso virtù di persuadere agli uomini che la giustizia fu lealmente e santamente amministrata? E il principio morale o di coscienza avrà potuto condurre i legislatori a decretare delle pene per delitti non ancora commessi, che si potevano anco non commettere, quando anzi allo scopo che non si commettessero, quelle pene erano decretate? Adunque i due principii non si escludono, ma concorrono a compiere e perfezionare una istituzione che ha bisogno d'entrambi. Non è quindi più sull'uno che sull'altro che deve fondarsi il diritto della penalità. Che il principio politico muova dalla utilità e dall'interesse, non può invero negarsi; ma l'utilità e l'interesse salgono già al grado di diritto sotto l'impero di una necessità inevitabile. Ma vi è di più, ed amo ripetermi: *il diritto dello Stato si genera dal dovere che è la sorgente più pura e legittima del diritto.* Ma il dovere si estende ad imporre allo Stato il rispetto di tutte le libertà, quindi la saggezza e

la giustizia nell'uso stesso di quel diritto formidabile, e l'uso di esso nei termini più ristretti della necessità. Noi dobbiamo supporre che il legislatore abbia fatto il debito suo. Non è riuscito ad impediro il delitto e la sua azione è terminata. Comincia l'azione del giudice. L'azione del giudice è tutta e onninamente determinata dalla giustizia: per lui la idea politica non esiste: ed è l'opera sua che richiama quelle ineffabili intenzioni della coscienza pubblica che ispirarono al Rossi le sante parole.

54. Considerato il giudizio penale come una istituzione distinta dalla legge penale, sostanziale ed esistente per se stessa, ne deriva eziandio la sua indipendenza dallo Stato.

Lo Stato è legislatore, ma lo Stato non giudica. Il suo còmpito è di preparare alla giustizia penale i mezzi e gl'istrumenti opportuni. Lo Stato concepisce la giustizia, perchè sa con quali modi, con quali disposizioni, con quali uomini può essere raggiunto, o almeno è grandemente probabile che possa essere raggiunto questo santo scopo, nel corto vedere e nelle inferme condizioni della umana natura. Ma la giustizia è un atto del pensiero autonomo, è una rivelazione intima della coscienza che non rende conto che a Dio.

Lo Stato prodotto della sociabilità, e rappresentante della società e delle sue condizioni, ha una incompetenza decisa ed evidente in fatto di giustizia, veduta sotto il punto di vista di un atto della coscienza umana, essenzialmente individuale, essenzialmente sovrano. Giustamente fu sbandita la *prova legale:* essa era la ingerenza dello Stato sulla coscienza. Ingerenza morale, non politica, ne convengo; ma tale da diminuire la libertà della coscienza, che desumendo dal proprio fondo alcuni elementi del suo giudizio, quelli che non si possono mai escludere dalla prescienza legale, doveva in tutto il resto servire alla legge dello Stato anzichè agl'istinti e convincimenti proprii. Condanno di passaggio e non mi curo di dimostrare, perchè questo non è il mio tema. Ciò, che io osservo nel complesso della istituzione, e che farò più chiaro in progresso rispondendo al Mangin ed agli scrittori francesi, lo dico eziandio dei magistrati nel loro particolare, e dei giudici in generale.

55. Sotto un duplice aspetto è da considerarsi l'autorità e la funzione dello Stato rapporto a codesti uomini; come duplice, direi quasi, è da considerarsi la natura di codesti uomini. Il Governo, ossia la parte amministrante dello Stato, li elegge, li prepone all'esercizio

della giustizia; ma non influisce nelle determinazioni della loro coscienza. Sottoposti e liberi, rendono allo Stato un ossequio disciplinare e una obbedienza passiva; ma nei loro giudizii sono superiori allo Stato e fanno i conti con Dio; e lo Stato lo sa e s'inchina avanti ad essi, e proclama che la cosa giudicata è la verità. Se lo Stato aspira di regnare nel diritto, non si costituisce una forza nella dipendenza dei magistrati, ma sente che ha nella indipendenza dei magistrati una delle maggiori sue forze.

L'Hegel esaminò lo Stato in un punto di vista speculativo dove disse: « Il sistema di diritto è la libertà realizzata; la vita dello spirito, da se stesso prodotta come una seconda sua natura ». Certo lo Stato è un secondo momento dello spirito, di cui è una concezione, come dissi altrove. Una teorica di ragione ha bisogno di vederlo sotto questo favorevole aspetto. Senza dubbio la pura teoria, o morale o politica, quando viene al contatto degli uomini, ossia quando diventa pratica, prova un attrito che i suoi stessi postulati ne rimangono smossi, più assai che le teoriche della matematica pura non abbiano d'uopo di modificarsi atteso la resistenza che incontrano dai corpi esterni. Ma se gli uomini fanno le istituzioni, anche le istituzioni fanno gli uomini; le istituzioni educano e si finisce col trovare gli uomini adatti. Intanto teniamoci alle istituzioni: specie di carroccio (passatemi la similitudine) intorno a cui si aggruppano i diritti minacciati dalle passioni. Io dunque proseguirò, come il pubblicista far dee, ad osservare il diritto nella concreta idealità dello Stato costituzionale, non cercando se gli agenti del potere corrispondano sempre o sufficientemente a questo ideale (*a*).

E ritornando a quello che io dissi dello Stato costituzionale nel cominciare del § XII, il concetto della giustizia penale non può uscire da una diversa condizione giuridica dello Stato, e non può realizzarsi compiutamente, nè perennemente durare, se non in quell'atmosfera di diritto in cui vive lo Stato medesimo, lontano dalle arbitrarie influenze, e dalle pressioni più o meno interessate del regnare dispo-

(*a*) Io però non li giudico col mal umore con cui lo giudicò un illustre filosofo e un grande pubblicista, che peraltro non è mai stato ministro, Giuseppe Ferrari. « Enfin, la science des sciences, celle qui cherche le secret de l'univers et dont les arrêts expriment le plus haut degré de l'élévation humaine, *réfuse péremptoirement son inspiration aux habitants des capitales et aux ministres des rois.* Histoire de la raison d'État ». P. I, sect. I, cap. XIII.

tico. È d'uopo sopratutto che lo spirito di giustizia sia nello Stato, onde possa essere nei giudizii.

## § XVI. — *Dell'azione penale (pubblica) nelle sue attinenze colla giustizia penale.*

56. L'azione penale può considerarsi sotto più aspetti (§ I e II). Ora mi giova ripetere una sola delle mie idee; che *fra la legge penale e il giudizio penale vi è l'azione;* mi riporto del resto a ciò che altrove mi pare di avere spiegato con qualche esattezza (detti §§).

*Perfezionamento della legge penale*, e *principio del procedimento*. L'azione penale, o diritto o funzione che sia, potrebbe ritenersi un atto avente un suo particolare scopo, quello di ottenere una soddisfazione del male recato dal delitto, comprendendo in questa formula ogni genere di soddisfazione, perchè qui non voglio distinguere azione pubblica da azione privata, nè ragione di privato o pubblico danno (*a*). Data all'azione in ogni caso questo scopo, che appartiene certamente anco all'azione privata e individuale, ne discende che l'azione penale è un concetto che non ha nulla di comune colla giustizia se non quanto ha in comune colla giustizia una istanza sulla quale essa è invocata a pronunciarsi. *L'antica accusatio publica* apparteneva ad una istituzione tutta intesa alla pubblica libertà, ma nel suo esercizio era passionata perchè singolare; e tanto singolare ch'era persino vietato il concorso di più accusatori, ond'era ingiunta al giudice la scelta (*b*). Ma io capisco ancora che l'azione penale può essere messa all'ombra della collettività, e trattarsi in nome di tutto il genere sociale, senza che cessi perciò di essere una istanza di parte, considerando questa società come una parte che si muove in atto di nemica per nuocere ad un'altra. Ma infine la società offesa, la società minacciata, che ha fornito delle ottime idee ai teorici per fondare dei sistemi, in mano al potere è un concetto di cui esso può usare con rettissime intenzioni, o può anche abusare: è un concetto elastico capace di far supporre molte buone intenzioni e di onestare fatti non buoni. Dite che

(*a*) Dico *diritto* o *funzione che sia*, perchè l'azione privata è un diritto, benchè subordinato, mentre l'azione pubblica è piuttosto *una funzione*, come avvertirò in altri luoghi.

(*b*) Fram. 16, D. *De accus., et inscript.*

lo Stato procede o fa procedere in nome della società offesa; che in nome della società offesa elegge delle magistrature per decidere la sorte degli accusati; che in nome della società offesa predispone la materia dei giudizii, e sempre in nome e per l'interesse della società offesa esercita una vigilanza attiva sull'esito dei giudizii per mezzo dei suoi agenti e funzionarii, e poi ingegnatevi a sostenere che la giustizia è libera, imparziale, indipendente. Questo mi è fitto nell'animo e mi turba, e quantunque io sia più di ogni altro disposto a credere, e riconosca in effetto, che lo Stato non sente le influenze di cotali teorie, io amerei pure che la teoria adottasse un linguaggio più corretto e, a così dire si riformasse, si ritemprasse, in più liberali e giuridici concetti.

Per me, esistendo uno Stato costituzionale, uno Stato fondato nel diritto, l'azione penale pubblica non è esercitata nell'interesse di nessuno, neppure nell'interesse della società, almeno nel senso che la società abbia interesse nella punizione: il pubblico Ministero non è l'agente della società, come sempre si dice, non fa gli affari della società, nei giudizii penali. Tutto questo è nel diritto e nel solo scopo del diritto; il pubblico Ministero è un magistrato della giustizia, come il giudice stesso; la società non ha interesse nella punizione di un accusato, essa ha interesse che si faccia la giustizia e la verità trionfi, vuol per mezzo di un'assoluzione o d'una condanna.

57. Questa proposizione ne genera un'altra, non meno solida, a parer mio, che l'azione penale partecipa in tal modo della giustizia penale più assai di quello che potrebbe riconoscersi nel sistema di una rivendicazione sociale. Il movimento stesso dell'azione penale diventa un *atto di giustizia*, in quanto concorrono quelle circostanze che fanno giusta una tale risoluzione del magistrato; e così, più oltre discorrendo, diventano atti di giustizia tutti quelli che il pubblico Ministero fa contro un imputato con apparente ma non vera ostilità (a). La giustizia penale, bisogna far registro di questa idea, la giustizia *non si manifesta soltanto nell'ultima sua parola:* la *sentenza*, la giustizia è e dev'essere dal primo all'ultimo atto del processo! Guai se potessero lanciarsi dei processi ingiusti contro i cittadini; guai se l'accusa potesse passarsi, inconsiderata, leggere, motivata da un qua-

(a) Ora non mi conviene che fermare codeste proposizioni molto interessanti nel mio tema; e già nei §§ che seguono, vengo in molte maniere a dimostrarle seguitando l'autore che ho preso ad esaminare.

lunque interesse, fosse pure un interesse pubblico; guai se la società appunto perchè offesa avesse un mandatario nello stesso magistrato, un organo, che rivestendo il di lei spirito, si adoperasse per vendicarla! Il diritto e la giustizia richiedono che sia tanta coscienza nell'esercizio dell'azione pubblica, e tanta indipendenza dal potere o da qualunque altro motivo estraneo, quanta essere dee nello stesso giudizio definitivo.

## § XVII. — *Dell'autonomia e indipendenza dell'azione penale.*

(Mangin, comp. n. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10).

### I.

*L'azione penale non appartiene alla società più che appartenga alla società il giudicare. L'azione penale è un atto di giustizia.*

58. *L'azione pubblica appartiene a tutta la società*, diceva il nostro autore (n. 4), con quel fare disinvolto con cui suole pronunciarsi una massima che ha un valore inteso e comune. Così dice l'*Helie*, così tutti gli autori francesi, così per solito i criminalisti. Mangin ne accenna subito la ragione: *perchè è nell'interesse della sua conservazione*. A me pare di vederci dell'equivoco; o, dirò meglio, il solito equivoco. La legge penale è scritta nell'interesse della società, cioè nell'interesse degl'individui che la compongono, ma il giudizio penale, e quindi l'azione penale, non comprendono questo interesse come scopo immediato diretto e proprio: mentre questo loro scopo è la giustizia, propriamente detta, particolare e privata. L'interesse generale, e chiamiamolo pure l'interesse della società, non è che una conseguenza della giustizia, raffermando il potere delle leggi, assicurando la pubblica tranquillità, e riabilitando la coscienza dello stato giuridico. Ma tutto questo è talmente una conseguenza della giustizia, che tale conseguenza esiste a condizione che esista la giustizia medesima. Se la coscienza pubblica fosse persuasa che si è commessa una vera, una grande ingiustizia, e si è condannato un innocente per dare un esempio che può d'altra parte essere utile nel di lei interesse; che vi è una vittima, fosse pure una Ifigenia per placare l'ira degli Dei, la coscienza pubblica si rivolterebbe contro una simile decisione. E non tarderebbe ad intendere che non è quello il suo vero interesse.

Dal modo con cui si concepisce da noi l'azione penale deriva logicamente ch'essa *è funzione pertinente alla magistratura giudiziaria;* perchè ad essa, e solamente ad essa appartiene l'amministrazione della giustizia; e perchè la stessa azione penale è un atto di giustizia (*a*).

II.

*La questione, se l'azione penale abbia ad esercitarsi da ogni cittadino, o delegarsi ai magistrati, è mal posta: e deriva da un concetto erroneo del diritto penale.* (Mangin, n. 5).

59. L'azione penale non è atto di parte: non può esserlo secondo la elevata opinione che noi ci formiamo della giustizia penale. Supponiamo un momento che sia atto di parte. È un diritto insufficiente o un diritto eccessivo. Ecco dei risultati che la esperienza non tarderebbe a comprovare, che l'esperienza di ogni tempo ha comprovato. È insufficiente: si denuncieranno forse tutti i delitti? Si potranno denunciare volendo? Si avrà la forza, il coraggio di sostenere l'accusa? Ovvero, quante accuse esagerate, temerarie, ed anche false! Quale frastuono, quale scandalo, quanto impeto di giudizii, quante riputazioni compromesse! e poi quante ire, quanti odii, quante vendette! Ma di cotali conseguenze furono compresi i legislatori francesi ai quali noi volgiamo pur sempre uno sguardo di riconoscenza, e dei quali non possiamo dimenticare le opere che, anche questo bisogna confessarlo, sono la parte più notevole della stessa nostra istoria legislativa. Persuasi dunque che non si potesse più fare ritorno *all'accusatio publica*, non si videro innanzi che l'altro partito della *delegatio* del potere giudiziario alla magistratura.

Ma nell'uno o nell'altro, cosa vedevano essi quei legislatori? Sempre l'offesa, sempre *la vindicta*. Se non avessero avuto ben dentro l'animo questo concetto come avrebbero lungamente disputato il dubbio se doveva concedersi l'azione penale ai singoli cittadini? Licenziata

(*a*) Vedremo a suo luogo che non forma eccezione a questo canone di diritto penale la facoltà che è data ai privati di produrre querela in certi casi, restando immobile sino alla querela la giurisdizione del Ministero pubblico: mentre la decrescente ingerenza del Ministero pubblico si proporziona alla minore quantità dell'elemento delittuoso che è nel fatto imputato che ad un certo punto e in certi casi quasi si confonde con una obbligazione civile.

una disputa di questa maniera, era logica l'alternativa: o *l'azione sia popolare*, o se non popolare *governativa*. O i singoli cittadini, o la società rappresentata dallo Stato, ma qui, più espressamente, dal potere esecutivo.

60. In fatto di diritto penale la Francia del 1789 fu meno rivoluzionaria di quello che si può credere. La dipendenza non dirò dell'azione, ma dello stesso giudizio penale, dal potere reale era una tradizione che non vi era ragione alcuna di respingere. Già si ricordava, e anche dal Mangin si ricorda (n. 6) (*a*) *che la delegazione* reale permetteva *una partecipazione effettiva alla parte civile nell'esercizio dell'azione pubblica* (*b*). E prescindendo anche da questo rapporto particolare, la delegazione reale era un'idea tanto comune che non fu mai seriamente disputata, malgrado che le discussioni si portassero sempre all'esame dei principii. Vi fu però un momento in cui le menti furono scosse, e ne scaturirono lampi d'idee migliori. Si trattava di nominare un *commissario del re*, e un accusatore pubblico eletto dal popolo. La sinistra, ci serviremo di questa parola, combatteva il commissariato reale, questa temibile influenza del Governo nei giudizi, propugnando la libertà della magistratura (*c*). Ma quanto *all'accusa*, al modo d'intenderla al carattere che le si doveva attribuire, non vi era parte alcuna in quelle numerose e ardenti assemblee che non fosse d'accordo e non credesse l'accusa essere un atto di guerra che il popolo, la società, o il Governo intima contro un uomo ritenuto colpevole. E quindi agli oratori del Governo era facile il ragionamento, misto d'idee esatte e non esatte: l'accusa pubblica non avere ad oggetto che la esecuzione delle leggi, per conseguente l'accusa pubblica rientrare nelle attribuzioni del potere esecutivo, rappresentante della società, e incaricato di far eseguire le leggi. A coloro che temevano la influenza del Governo, rispondevano, che ogni influenza estranea si sarebbe dissipata innanzi al giudizio dei giurati, correttivo, o guarentigia che vogliam dirla. Con tutto questo il principio, che l'accusa apparteneva al popolo, era rispettato e tenuto fermo; ma essendo un diritto che il popolo non poteva esercitare colla efficacia necessaria, il solo esercizio si trasformava

(*a*) Ho già detto e dirò ancora una volta che citando l'opera del Mangin cito sempre i numeri del mio compendio.

(*b*) Tanto erano confusi i criterii distintivi dell'azione penale!

(*c*) Helie, *De l'action pub.* n. 617 e segg.

passando nel Governo come il vero rappresentante dei diritti del popolo. Così la delegazione saliva dal popolo al Governo, e dal Governo ridiscendeva nel Ministero pubblico (a), come di lui creatura, organo e ministro.

61. A mio parere, queste discorso era logico, e perfettamente consono allo stato delle idee e alle dottrine del paese. Non si è ben sicuri se i nostri legislatori che dettarono il Codice di procedura penale senza il concorso delle Camere (b), senza quell'apparato cioè e quelle discussioni che tanto illuminarono le leggi, fossero. come suol dirsi, all'altezza del nuovo diritto pubblico. Paragonando quel Codice al francese, la lode rimane ai nostri, senza dubbio, perchè ogni riforma che vi si è fatta coopera alla indipendenza del Ministero giudiziario (c). I difetti del Codice di procedura penale sono ancora molti, a che dissimularlo? ma la scienza non lo rifiuta, la scienza può ragionare con esso senz'alterare le proprie conclusioni. E ciò basta a noi; perchè non si vuol far la scienza col Codice, ma solo non incontrare ostacoli nel Codice contro la scienza, che ci obbligherebbe ad un lavoro di un altro genere. Diciamo adunque che secondo lo stato attuale della scienza, e senza contraddizione anzi con molta adesione del nostro diritto scritto, quelle idee che avevano una specie di corso legittimo in Francia, in quel tempo, non potrebbero più accettarsi.

62. In qual modo la questione deve porsi? Non si deve partire dal teorema che l'azione pubblica è un'accusa che la società offesa avventa contro un suo preteso offensore, onde procacciare a se stessa una vendetta, più o meno legittima, per mezzo di un giudizio; ma si deve ricercare innanzi se l'azione penale e l'accusa non siano piuttosto manifestazioni di puro diritto, scevre di un interesse qualunque, che si operano nello spirito di giustizia da un sacerdote di essa. Se ciò è ammesso, si potrà domandare ancora perchè mai il potere esecutivo non mantenga una relazione, almeno direttiva, coll'azione

(a) Del quale istituto parlerò espressamente in uno dei paragrafi seguenti.

(b) Quando io parlo di procedura penale, intendo sempre quella del 1859, che fin qui fu in vigore nella massima parte del Regno. Dove mi occorrerà di parlare dell'ultimo Codice anche nel corso dell'opera, lo farò citandolo espressamente. E ciò che non potrò introdurvi per non alterare di troppo la economia del mio libro che era già compito alla comparsa dell'ultimo Codice, sarà trattato in apposite appendici in fine.

(c) Credo che avrò luogo a dimostrarlo in qualche parte di questo lavoro.

pubblica (*a*). Ma la ingerenza del potere esecutivo non sarà più una conseguenza immediata e sicura: sarà una questione: una questione da discutersi. Discutiamola un momento.

### III.

*Fondamento della indipendenza del potere giudiziario.*

63. La dipendenza suppone una superiorità nello stess'ordine di fatti o d'idee: ma deve forse riconoscersi tale prerogativa nel potere esecutivo sopra la giustizia? Se il postulato sembra troppo generale, avviciniamoci di più. Il potere delegante ha virtualmente ed effettivamente in sè tutte le facoltà che delega; di tal maniera che possa delegarle in parte e l'altra parte ritenere, possa non delegarle, o la delegazione ritirare; e in tutto chiederne conto all'autorità delegata (*b*).

Ora vediamo la genesi del potere giudiziario.

64. Due sono le funzioni della giustizia penale: giudica il fatto umano; giudica il rapporto che v'è fra il fatto e la legge. Quando giudica il fatto umano domanda forse qualche cosa al potere esecutivo (*c*)? Quando ha reso questo giudizio, il potere esecutivo ha forse un qualche conto a domandarle? Noi temiamo bene che il potere esecutivo possa ingerirsi: ma questo stesso timore prova che la sua ingerenza non sarebbe legittima. Abbiamo anzi posti degli argini a questa ingerenza. Abbiamo creato il giurì per allontanarne sino il sospetto. La coscienza dei giurati è chiusa, inesplorabile. Perchè hanno così giudicato? Non si sa: non sono obbligati a dirlo, anzi non devono neppure dirlo. Vi può essere un potere più indipendente? E d'onde trae origine questa suprema indipendenza? Da un principio supremo esso stesso; dalla coscienza, dalla religione, da Dio.

(*a*) L'azione penale, propriamente detta, è azione pubblica: non posso ora determinare questo concetto; ed uso dell'epiteto come torna meglio al discorso, senza significare cose diverse.

(*b*) *Qui mandatam jurisdictionem accepit, proprium nihil habet, sed ejus qui mandavit jurisdictione, utitur.* Fram. 1, § 2, *de offic. ejus cui etc. Is cui mandata jurisdictio est, fungitur vice ejus qui mandavit non sua.* Ulp.

(*c*) Che io considero qui sempre come una funzione dello Stato; mentre un'altra funzione dello Stato è il potere giudiziario. Più sotto diremo che l'intima loro destinazione deriva piuttosto dai principii che dalle funzioni.

L'irresponsabilità che viene al giurato dalla coscienza, viene al giudice dalla legge. Hello, col quale ho comuni non poche delle opinioni che esprimo in questo capitolo (*Reg. costitution.* p. II. cap. III) dice, che *la legge si sostituisce alla opinione del giudice*. Il giudice è la legge. Egli non ha libertà, non quindi responsabilità. Di chi mai sarebbe agente? Del potere esecutivo? Il suo superiore di diritto è forse il potere esecutivo; è forse da lui che riceve la norma, l'ispirazione, l'indirizzo, la ragione del giudicare? No: tutto questo egli riceve dalla legge e dal dovere di adempirla. Ma la legge dipende forse dal potere esecutivo o è a lui superiore? È talmente superiore che il potere esecutivo si chiama così perchè, amministrando, si porge esso pure organo della legge; e quantunque la sua azione abbia mestieri di una latitudine di convenienza e d'opportunità, i suoi limiti sono designati ed egli deve rispettarli. E intendiamo delle leggi amministrative. Le leggi giudiziarie versano in una sfera totalmente estranea alla sua giurisdizione. Il giudice e l'amministratore vivono entrambi della vita di un principio che li domina; qualcuno li disse poteri paralleli, appunto perchè non possono incontrarsi: vale dire, sono indipendenti. Il principio dominante è la legge: e la legge, dividendosi, informa due podestà d'ordine diverso.

Or dunque che è mai nel potere esecutivo ch'esso abbia virtù di delegare? La delegazione della giustizia era una verità quando lo Stato era il principe; ed il principe era assoluto. In buoni termini è questa una contraddizione dei pubblicisti francesi; eppure vi è qualcosa nel nostro statuto che merita spiegazione.

## IV.

*Come deve intendersi quell'articolo dello Statuto*, **la giustizia emana dal Re.**

65. Non siamo ancora riusciti a tirare una linea di separazione abbastanza esatta fra l'operare giudiziario e l'amministrativo. Non è nostra colpa, io credo, ma difficoltà intrinseca che sorge dalla natura delle cose. Sul terreno pratico quelle due forme del diritto effettivo si appellano *funzioni*; nell'ordine ideale, si appellano *principii*. Le funzioni, svolgendosi attraverso il fatto, sempre difficile a regolarsi, possono talvolta intrecciarsi, confondersi, percorrendo una linea troppo stretta di confine. I regolamenti si occupano delle funzioni e non vo-

glio ora dire sino a qual punto dovrebbero anche occuparsi dei principii. Noi possiamo bene tenerci a questi, non trattandosi che di rettificare una idea compresa in una formula che può parere equivoca; il nostro assunto sarà più facile.

La genealogia di questa formula — *la giustizia emana dal re* — è fuori delle nostre tradizioni nazionali: bisogna cercarla, al solito, in Francia.

La costituzione dell'anno III, percepì nettamente la separazione ideologica dei due poteri; e la percepì, perchè puramente repubblicana, ripudiava per istituto e per convinzione lo spirito monarchico. Essa dichiarò formalmente che le funzioni giudiziarie non sarebbero mai esercitate dal potere esecutivo: i giudici erano eletti dal popolo (*a*).

La costituzione dell'anno VIII, fu meno repubblicana: spuntava l'èra nuova del consolato, si presentiva la monarchia. Il primo console nomina tutti i giudici, eccettuati i giudici di pace che continueranno ad essere eleggibili dal popolo, e i giudici di Cassazione che saranno nominati dal Senato sopra una lista di candidati presentata dal primo console.

Quando anche tale giurisdizione del popolo cessò, si ebbe bisogno di una formola che consacrasse questa specie di restaurazione del diritto monarchico, e facesse dimenticare la breve usurpazione repubblicana. Senza avere la pretesa di dare alla formula una significazione scientifica, e senza pensare a ciò che vi ha di superiore e di essenziale nella giustizia, si disse: la giustizia emana dal re, per far intendere che non emanava dal popolo; ma il suo concetto semplice era questo, che i giudici sono nominati e istituiti dal re e dal potere esecutivo. Sono convinto che la formula non fosse punto maliziosa, e non significasse altro che questo.

La giustizia incontrò dei pericoli maggiori. Il senato-consulto del 16 termidoro anno X, pur serbando le forme repubblicane, cominciò ad assorbire la giustizia nel governo. Ci sono i pubblicisti per ogni tempo. Henrion de Pensey predicò dogmaticamente la teoria della delegazione reale nella giustizia (*b*). Lo stesso Merlin, e forse perchè

(*a*) Hello, *Reg. Cost.* p. II, cap. III.

(*b*) Introdusse però una distinzione. Insegnò che negli affari giudiziarii di diritto privato la delegazione reale doveva considerarsi *assoluta*, non serbando più parte della sua autorità, che per cassare le sentenze per violazioni di forme e mala applicazione delle leggi. Mantenne in principio la facoltà di giudicare sui diritti

era Merlin, cioè il procuratore generale, tributò l'incenso delle sue eloquenti parole all'autorità giudiziaria concentrata nel principe, a quell'autorità che *è causa* delle giustizie che si esercitano dagli inferiori in nome suo. Il gran giudice, ministro della giustizia, era là per provare che questo sistema giuridico era una realtà.

66. Le costituzioni che si succedettero in Francia dopo la caduta dell'impero, lasciarono esistere la formula, quantunque l'amministrazione della giustizia fosse sollevata da tanta pressione. Ma i *gius*-pubblicisti liberali si lamentano della troppa vitalità di quella formula, o almeno delle occasioni che ha fornite a chi aveva bisogno di dar qualche base ad una dottrina favorevole all'interesse del Governo. Il consiglio di Stato ne abusò, e non ad intendimenti politici, amministrativi. Insomma colà non è lettera morta, e la formula c'è per qualche cosa. Io penso, che il diritto pubblico che regna, gettando la sua luce o la sua ombra sopra di essi, ne determini la estensione e la portata. Per quanto ci riguarda, ritengo che la formula francese fosse ricopiata con quella poca avvertenza che si usa quando si copia. Quanto all'importanza, io credo vi si annettesse una importanza minore di quella che la stessa formula suona. Non imputo al potere esecutivo di aver voluto preparare delle catene alla giustizia. L'ordinamento giudiziario smentirebbe questa censura. È mia convinzione sincera che colla formula, *la giustizia emana dal re*, siasi voluto dire soltanto che la parte amministrativa della giustizia appartiene al Governo: e che le sentenze si pronunziano nell'augusto nome del re. Meno che mai allo stato delle nostre idee, può dirsi che il Governo è in possesso del diritto di giudicare; che la giustizia non sia che delegata, e una diramazione del potere esecutivo.

Io dunque non ammetto quel teorema di Mangin (*a*). *L'azione pubblica appartiene al re*. Respingo la idea che lo Stato faccia guerra all'individuo: e considero l'azione, nella sua essenza, come un atto di giustizia (*b*).

della corona, e sulle proprietà dello Stato. Fu rimarcato che nelle ultime edizioni dell'opera di Pensey, *L'autorità giudiziaria*, venne tolto uno dei passaggi più notevoli in cui sosteneva quella teoria.

(*a*) Dal quale non diversifica l'*Helie*, essendo in Francia dottrina comune.

(*b*) La censura potrebbe far presa su questa proposizione se si guarda isolata e per sè stante, ma credo che il complesso delle osservazioni che ho fatte e farò, mi porranno al coperto da ogni ragionevole obbiezione.

V.

*Che la podestà di giustizia e quella di grazia sono di un ordine diverso.*

67. Montesquieu ha detto che non possedendo il diritto di giudicare, il principe perderebbe la più bella delle sue prerogative, quella di far grazia (MANGIN, *Compend.*, n. 8). Io lo giudico uno di quei tratti di spirito di cui soleva compiacersi, come dicono i suoi critici, quel grande e benemerito scrittore. Bisognerebbe stabilire che il diritto di giustizia e il diritto di grazia sono correlativi e integrativi di unico concetto. La questione non si può risolvere se non coi principii fondamentali del diritto pubblico. Si può avere ragione in un tempo e torto in un altro, se il diritto pubblico non si considera che come un fatto; Montesquieu poteva avere ragione quando la pienezza dell'autorità era ritenuta essenziale nel principe; quando non si concepivano che due forme di reggimenti politici, spiccate, distinte, e inconciliabili; la monarchia e la repubblica. La scienza delle costituzioni appartiene a un'epoca posteriore, e ha tutto il fondamento di chiamarsi scienza, perchè la costituzione non è altro che il diritto pubblico nelle sue più importanti applicazioni. Non fu certamente Montesquieu che analizzasse la idea della sovranità, e valutasse i rapporti degli elementi del potere col disgregarli. L'uomo, e non l'istituzione, ecco ciò che si vedeva ancora in quel tempo; Montesquieu seguì le norme del diritto pubblico che allora regnava; e trovò che il diritto di grazia si porgeva come complemento alla giustizia del principe. Allora si poteva dire che queste due podestà partecipassero la medesima natura. Separate e affidate a due ordini diversi, e non avendo più in comune la relazione di causalità, cioè la persona del capo dello Stato, la loro essenza doveva emergere dall'esame dei principii costitutivi di questi due diritti. La giustizia apparve il mezzo con cui si restituisce lo stato giuridico messo in disordine dalle violazioni del diritto. Invece il diritto di grazia si porse principalmente come un diritto politico, dal quale procedono gl'induiti, le amnistie, ecc.; o anche potè non senza ragione considerarsi come complemento della stessa giustizia, se la grazia non è fatta in generale, ad una classe di delinquenti, o per una data qualità di reati, ma in particolare ad uno o più individui.

68. In amendue gli aspetti peraltro è giusto, è logico, e sopratutto conforme alle moderne idee di diritto pubblico, che le podestà della

giustizia e quella della grazia siano divise. È manifesto che nella sua prima forma di diritto politico, la podestà di far grazia non può appartenere al magistrato che giudica. E non potrebbe tampoco ad esso appartenere questo diritto nell'altra sua forma. Il giudice ha compito l'ufficio suo colla sentenza; esecutore della legge, è chiaro ch'esso non ha verun altro potere che quello che gli viene dalla legge. Ora a chi mai può appartenere il diritto di grazia se non appartiene nè al potere legislativo nè al giudiziario? Propriamente ed a rigore di termini la podestà di grazia non è un diritto, perchè non fa parte di un sistema di diritti, e non emana da veruna generalità superiore. Perciò chiamasi piuttosto *prerogativa*, che accresce decoro alla maestà reale, e la cinge a dir così, coll'aureola del beneficio.

69. Si potrà domandare come la podestà di grazia sia pure un complemento di giustizia, e perchè risiegga, meglio che in ogni altro luogo, nella persona del principe.

È un complemento di giustizia quando la grazia è particolare, perchè tempera e modera in effetto il rigore della legge penale e della sua applicazione, senza un riguardo d'interesse generale o politico, ma in considerazione dell'individuo che ha subito condanna. Sotto il punto di vista della legalità, la condanna è meritata. Essa è stata la più mite poichè i giudici hanno tenuto conto di ogni circostanza più favorevole all'imputato. Eppure possono presentarsi altre circostanze per le quali il condannato è fatto degno di benigno riguardo e di perdono. Una condanna adunque può essere giusta, mite, e parere troppo severa. E ciò perchè la legge non considerò e non poteva considerare che le circostanze connesse col reato, non le estranee, indipendenti, personali, al tutto indefinibili, al tutto invalutabili, indisciplinabili, a così esprimermi, sotto la scutica della legge. *Non erat previdendum :* e la grazia colma il vuoto dell'impreveduto e dell'imprevedibile. Ecco la grazia. Essa arriva fin dove la giustizia non arriva. Appartiene a quell'ordine d'idee, ma non appartiene a quel ministero. Il principe non è messo al di sopra della giustizia ma al fianco della giustizia; ed a questa concezione è cosa moltissimo opportuna che in lui non sia la podestà della giustizia legale; nè che i magistrati appaiano delegati di lui : imperocchè il principe stesso giudicherebbe per mezzo dei suoi delegati, com'è della natura di una podestà delegata (*a*). Onde la grazia modificando la giustizia, il principe verrebbe

(*a*) Cosa è la delegazione ASSOLUTA ? (V. MANGIN in *Compendio* n. 8). È quella

come revocando la decisione propria. Così il potere di giudicare e di far grazia cooperano in ultimo risultato al bene della giustizia; ma sono ben lungi dall'avere una coesistenza logicamente necessaria nella persona del principe.

## VI.

*La indipendenza dell'azione penale è fondata negli stessi principii sui quali si fonda la indipendenza della giustizia penale.*

70. Il transito dall'uno all'altro di codesti concetti, può apparir malagevole. L'impersonalità e l'imparzialità ci devono sembrare, ed a ragione, i requisiti caratteristici della giustizia. Invece l'azione è moto personale e indirizzo di parte che domanda alla giustizia qual-

delegazione che trasmette tntta intera l'autorità del delegante: ma qnesto è poco mentre il delegante può trasmetterla intera, ritenendo in sè la *causa* della podestà, onde può revocare il mandato, e giudicare per se stesso; o anche può non delegare, esercitando personalmente la propria autorità. Per delegazione *assoluta* s'intende qui il trasferimento dell'antorità che il principe fa nel giudice, imponendo a se stesso la obbligazione di non richiamarla a sè in verun modo, tempo o circostanza, finchè quel gindice rimane nel suo ufficio. Ma vi è di più. La delegazione *assoluta* importa l'abdicazione attuale e perpetua della podestà di giudicare. Solo in qnesto modo quei pubblicisti possono soddisfare alla logica del loro sistema: sistema che ripndia la podestà di giudicare nel principe ma non l'idea della concentrazione di tntte quante le podestà nel principe; onde sono costretti a torcere i ragionamenti per farli servire a un preconcetto assurdo. Non bisogna professare un principio quando non si vogliono le conseguenze. Una *delegazione irrevocabile* è un concetto strano, e contro la natura dell'autorità delegante in tutto conforme al mandato. Ma peggio ancora è supporre una podestà antonoma e comprensiva di ogni facoltà che vi è inerente (altrimenti non potrebbe delegarsi nè in tutto nè in parte) e pensare che tale podestà sia in perpetuo inattiva ed inerte; e *colpita nello stesso tempo d'incapacità*, sino a non potere giammai esercitarsi. Si potrebbe anche domandare, quali guarentigie si abbiano, e in che tali guarentigie siano fondate, onde questo stato di cose debba durare e perpetuamente osservarsi, e perchè, un bel giorno, il principe che non ama il proceder lento e coscienzioso de' suoi magistrati non voglia essere lui il gindice; o, che è lo stesso, non si faccia rappresentare da una *commissione*, straordinaria sia pure, fatta *ad imaginem suam* per qnei fini che sono tutt'altro che di giustizia, secondo il consneto stile dei governi dispotici. Dal non essere guarentigia in un sistema politico, si rileva ch'esso non ha base nel diritto. Ma allora è meglio accettare le cose come sono, e non venire filosofando su ciò che sfugge alla ragione.

che cosa che è nel suo interesse e crede anco nel suo diritto; ma se ciò domanda alla giustizia, prova è che non è essa stessa la giustizia; e come mai lo sarebbe? Se lasciate fare all'attore, vedrete che giustizia saprà farsi; egli si prenderà a dirittura ciò che domanda.

Qui si confonde troppo l'azione penale coll'azione civile. Questa ha il suo fondamento nell'interesse e batte alla porta della casa della giustizia poich' è fuori di essa: l'azione penale appartiene alla casa della giustizia e della famiglia: per lasciar la metafora, è un istrumento, un mezzo, e ben anco una parte della stessa giustizia.

Io tengo assai, come si vede dai miei frequenti ritorni, a questo concetto. La giustizia penale è un tutto la cui compatta unità è necessaria al conseguimento del fine. Per questo l'azione fu sottratta alla passione e data in fiducioso deposito al magistrato. Il magistrato non ha passione; non ha interessi, neppure di rappresentanza, neppure di mandatario; egli non rappresenta di più gl'interessi della società di quello che faccia gl'interessi dei privati. Vestirlo di questo abito, è trasformare l'alto suo carattere di magistrato, organo del diritto, e inteso tutto e solo al trionfo della verità e del diritto. Rappresentante, procuratore, mandatario, agente, come con poca sua dignità si viene appellando, della società o del governo, che spesso pure si confondono, non porterà certo in giudizio le passioni e gli ardori dei suoi rappresentati; ma non si può voler privare un mandatario, un rappresentante, un avvocato di quel calore e zelo che gli fa onore e lo aiuta nel disimpegno dell'incarico affidato. Ma questo calore e questo zelo, che derivano al magistrato da cause estranie alla giustizia, mi fa tremare. Tanto egli sarà migliore mandatario, e migliore rappresentante della società o del governo, quanto più prenderà a cuore i loro interessi, quanto più sarà forte a sostenerli e difenderli, e quanto potrà vantarsi di aver fatto condannare un maggiore numero di rei. Per questo erano buoni e rispettati, in questo facevano consistere i loro titoli di gloria, gli antichi *fiscali* che nel chiedere sangue, rivaleggiavano col carnefice che lo versava: conseguenza che la naturale bontà dell'uomo che esercita la magistratura può assai temperare, ma conseguenza che non si può respingere, ammessa la qualificazione giuridica e data la coscienza della missione, che per lui sarebbe un dovere, di sedere là per fare gl'interessi di una parte nemica all'imputato; e quindi per fare all'imputato, come si fa ad un nemico, il maggiore danno possibile.

**71. Rientro senza sforzo nella questione dell'azione penale. L'azione penale deve spogliarsi d'interesse, e restar sola col diritto come la giustizia.**

La giustizia non cammina da sè; ha bisogno, per dir così, di essere portata sulle spalle degli uomini. La giustizia di Dio è un atto semplicissimo della sua volontà essenzialmente giusta. Per noi è un atto complesso e molteplice. La verità ci è ignota: dobbiamo prima di tutto scoprire, apprendere la verità. A questo effetto abbiamo bisogno di eseguire operazioni di diversa natura; il giudizio non consiste nella sola sentenza; il processo vuole inquisizioni, ricerche, fatti di opposizione contro un imputato (che ben presto denno equilibrarsi dalla difesa): ma tutti gli atti che si fanno dalla magistratura e in nome della legge, devono essere *giusti:* intendo senza deviazione alcuna dal santo loro scopo, la verità, e fatti in questo solo spirito. Perciò dissi, più d'una volta, parmi che l'azione penale non è che un atto di giustizia.

Tutti gli atti del processo possono, e devono apprezzarsi così.

Fa un atto di giustizia il pubblico Ministero promuovendo l'azione penale e facendo istanza perchè si proceda; fa un atto di giustizia un giudice processante che ordina l'arresto o la dimissione di un imputato come fa un atto di giustizia il giurì pronunciando il verdetto, il giudice sentenziando.

Le parti sono distribuite, ma lo scopo è identico ed uno. Le parti sono distribuite a diversi magistrati, incaricati di un lato di questo poligono, perchè ciò è necessario nella natura complessa e materiale del processo. Ma nel processo si fa un discorso come si farebbe nella mente nostra occupata di casi gravemente disputabili. Revoca al proprio esame le diverse opinioni; le ascolta nei loro motivi; analizza le ragioni, le bilancia e giudica. La mente è suscettibile di rappresentarsi queste diverse parti senza confondersi. I propositi favorevoli come i contrarii appartengono ugualmente al nostro raziocinio; e poniamo che l'oggetto della nostra decisione fosse la sorte di un uomo, non saremo già chiamati avversarii di lui perchè il nostro pensiero accoglie eziandio le obbiezioni che si fanno contro di esso e le trova abbastanza gravi, o pur anche se noi sentenziamo in di lui danno. Questa è l'opposizione della ragione non già dell'interesse. L'azione penale, in quanto è promossa, è un atto di opposizione. La libertà è lo stato ordinario e naturale del cittadino. Ebbene vi è un magistrato

che si oppone e adopera perchè questo stato di libertà sia ristretto con una perquisizione, con un processo, con un arresto. Lo fa in odio di un cittadino? Lo fa per servire ad un interesse qualunque? Ripeterò la mia formola: *non è la opposizione dell'interesse ma della ragione.*

Se io son certo d'avere messo in sodo questa premessa, la conseguenza mi riesce spontanea. Se l'azione penale è un atto di giustizia, la sua indipendenza non è meno necessaria di qualunque altro atto di giustizia.

## § XVIII. — *L'azione penale e il pubblico Ministero.*

72. Ho dovuto precorrere il soggetto di questo capitolo, e in gran parte trattarlo. Ora seguirò più d'appresso il mio autore.

Noi siamo assolutamente in un punto diverso di veduta quando per risolvere una questione che, rispetto al principio, spetta al diritto naturale più che al diritto pubblico e positivo, si porta la ricerca sulla competenza del diritto d'accusa. *Il diritto d'accusa*, fu detto, *compete alla sovranità e risiede nella nazione* (MANGIN, *Compendio* numero 8). Sotto l'assemblea nazionale le idee di libertà si erano d'assai modificate, perciò l'analisi di quella formula sarebbe alquanto difficile. Poteva scaturirne *l'accusa popolare:* ma invece l'esercizio del diritto d'accusa si attribuì al governo (*a*). Non ce ne occupiamo; ammettiamo l'origine istorica di quel magistrato che fu allora nominato *accusatore pubblico.* Fermiamoci a questo appellativo dal quale si apprende tutto lo spirito della istituzione. La *delegazione della nazione* al potere esecutivo è un lampo fugace che non lascia nessuna traccia dopo di sè; è uno schema proposto e disperso fra i rumori di un'assemblea: in effetto il potere esecutivo si tiene proprietario e del diritto di accusare e del diritto di giudicare, incompatibili nella stessa persona, e che nel vario loro operare non si congiungono che nella idea di diritto.

La confusione continua sempre in questo ibrido sistema francese. Il potere esecutivo è investito di quei diritti ma non ne esercita le

(*a*) La delegazione fu immaginata doppia. La nazione delegava al governo anzi al capo dello Stato, il diritto d'accusa *che risiede in lei;* e il capo dello Stato lo delegava alla sua volta ai suoi ufficiali. (V. sopra, MANGIN, n. 7).

funzioni, *come non esercita personalmente il comando militare.* (MANGIN, *Compendio*, n. 8). Così è proclamato il fatto della separazione della podestà dall'esercizio, e la teoria sembra assicurata. Ma la similitudine che si è azzardata sul comando militare che si ha e non si esercita che per mezzo dei generali, rivela il lato debole del sistema. Nel potere esecutivo è certamente il diritto della guerra; ivi siede il ministro della guerra che può imporre ai generali il disegno e le operazioni più importanti. Non altrimenti quanto all'opera del giudizio e più ancora a quella dell'accusa. Che importa se il potere esecutivo non esercita queste funzioni? Esso le domina, le governa, le predispone; tal è la conseguenza logica che ne discende (a).

*L'accusatore pubblico;* ecco tutto quello che è il pubblico Ministero nel sistema francese, rimpetto al giudizio.

73. Ma il pubblico Ministero esercita molte altre funzioni; si adopera in ufficii la cui immediata e diretta corrispondenza col governo è un fatto positivo; ciò deve dirsi principalmente del suo capo, il procuratore generale. A lui appartiene, *la plénitude de l'action pubblique près le cours royales*, cioè la pienezza dell'esercizio (MANGIN); *et puisque l'action publique est un des droits de la couronne*, posta questa base, dato questo punto di partenza, verrà facile il concludere che i procuratori generali sono altrettanti agenti del potere esecutivo. Che possono mai essere, fuorchè *des délègues* (del governo) e per conseguenza *placés sous l'autorité du gouvernement?* Non si vuol già dire che i procuratori generali abbiano a corrispondere con tutti i ministri, che da tutti i ministri abbiano a ricevere degli ordini, chè potrebbero anch'essere contraddittorii e perciò

(a) « Attribuire l'azione pubblica all'autorità giudiziaria, è attribuirla sott'altra forma al potere esecutivo ». Ciò si legge nell'HELIE, *Tract. de l'act. pen.* § 666. Ma quanto a lui, più favorevole alla libertà giudiziaria, è disposto a credere che l'azione pubblica sia una funzione. Sono però convinzioni deboli, appena accennate; e quasi subito messe in disparte con *un almeno* che cambia la natura delle questioni. *Almeno*, egli dice, che *la delegazione* SIA ASSOLUTA. Abbiamo veduto di sopra che si debba pensare di questa delegazione assoluta (§ XVII, V. nota). Ma assoluta o no, dalla proprietà del governo al diritto sostanziale e indipendente della giustizia, c'è un abisso. E poichè parliamo di proprietà, quasi ci sia un proprietario della giustizia come c'è un proprietario di un reggimento, non è dimenticabile l'opinione di alcuni, il pubblico Ministero avere la proprietà dell'azione pubblica, proposizione da altri modificata col dire, *che il pubblico Ministero ha il diritto esclusivo di esercitarla*, HELIE, loc. cit.

imbarazzanti (a) *mais* (ora mi servirò delle parole dell'autore) *les procurateurs générales relèvent du ministre de la justice, organe légal et responsable du prince, pour tout ce qui concerne l'administration de la justice.*

74. L'*Helie* è anche più esplicito: se non che le sue vedute sono più estese. Egli non tarda a scoprire il doppio aspetto di questo grande magistrato che Treilhard soleva chiamare l'*occhio del governo*, e del quale (per usare la frase meno enfatica dell'*Helie*) è il rappresentante e l'agente immediato. Dall'altra parte il procuratore generale è « il depositario dell'azione pubblica nel suo distretto, il ministro responbile del suo esercizio, l'organo degl'interessi generali, l'agente della società ». Dopo ciò, liberale quanto può essere, dati i principii che professa, l'illustre autore sotto uno di codesti aspetti non vede che soggezione e dipendenza; ma sotto l'altro, l'azione del procuratore generale gli sembra godere di una certa suità, di una certa indipendenza (b).

Vi è forse della precisione in questo linguaggio onde possiamo formarci una idea esatta del singolare connubio di funzioni in parte subordinate e ligie, in parte indipendenti ed autonome nella stessa persona? Non guardiamo se ciò stia in fatto, o per la mite natura di un ministro, o per la energia di un procuratore generale, o per quel senso di pudore che rende inchinevoli anche i potenti a rispettare la giustizia, frutto della civiltà. Ma noi siamo sul terreno della teoria sul quale lo stesso illustre autore si è posto. Egli vuol provare, e invoca dei principii.

Se non m'inganno, gli scrittori francesi (a) tendono ad accentrare, e lo dirò ancora, ad unificare la idea del potere, con quell'intreccio

(a) Pressochè testuale e concetto identico, MANGIN.

(b) Giova trascrivere questo passaggio di *Helie* sul quale veniamo a fare delle osservazioni. « Sous le premier rapport, il est placé sous les ordres du gouvernement, et reçoit les ordres du ministre de la justice, qui est à son égard l'organ du pouvoir exécutif, il exécute ses instructions, il lui rend compte de tous ses actes. Sous le deuxième rapport, il remplit, sous sa propre responsabilité, la mission légale dont il est chargé; *il agit en vertu de la délégation qu'il a reçue; il exerce une action qui, bien qu'elle lui soit transmise par le pouvoir exécutif, appartient à la société entière. Ainsi, il représente à la fois le gouvernement de l'Etat et la nation elle même; il soutient les intérêts du pouvoir et les intérêts de la justice; il est, à certains égards, dépendant de l'auctorité publique; sous des autres rapports, il en est indépendent*, n. 683, in fin.

delle rappresentanze che hanno così bene immaginate. Il governo rappresenta la nazione; il procuratore generale rappresenta il governo; i suoi sostituti rappresentano il procuratore generale; il pubblico Ministero, depositario dell'azione pubblica, rappresenta la società. Non c'è cosa più facile a dirsi, e più difficile a provarsi di una rappresentanza ideale. La rappresentanza è la generazione delle idee. Per teorizzare che l'uno sta in vece dell'altro cogli stessi diritti, collo stesso scopo e colla stessa ragione, è pur d'uopo che la supposta identità sia dimostrabile, intendo che non soltanto sia un modo di dire, una frase, una specie di parola d'ordine degli scrittori in una data materia, ma se ne possa render conto. Il mandatario rappresenta il mandante perchè ha una procura; i deputati rappresentano il popolo elettore perchè sono stati eletti da lui. Il governo non rappresenta la nazione. Questa rappresentanza può essere attribuita allo Stato; ma il governo non è lo Stato. Non si saprebbe perchè constando lo Stato di tre pòteri il legislativo, l'esecutivo e il giudiziario, la nazione debba intendersi rappresentata da un solo dei tre. Nè si dica, che il potere esecutivo, il potere d'azione, è da preferirsi trattandosi di mettere in moto dei diritti e con effetto realizzarli: in tal caso sarebbe assai più ragionevole attribuire la rappresentanza al potere giudiziario. Che il pubblico Ministero, sia pure depositario dell'azione pubblica, rappresenti la società, è un errore già da noi segnalato (*b*).

76. Trattavasi di porre la indipendenza del pubblico Ministero sotto la salvaguardia di un principio superiore, di un principio inviolabile. Cosa ci dicono a questo proposito gli scrittori francesi? Che

(*a*) E non eccettuo MERLIN (*in capite*), DALLOZ, CARRÉ, BOURGUIGNON, BOITARD, CARNOT, SCHENCK, *Traité sur le Ministère pub.*, *Paris* 1815; ORTOLAN *et* LEDEAU, *Le Ministère pub. en France*, *Paris* 1831; DELPON, *Essai sur l'histoire de l'action public, et du Ministère pub.*, *Paris* 1830; DE MOLÈNES, *Traité pratique des fonctions du Ministère public*, *Paris* 1843; MASSABIAU, *Manuel du procureur du roi*, *Paris* 1844, *etc.*

(*b*) Si è trattata seriamente la teoria *della* delegazione *diretta e indiretta*. La delegazione diretta avrebbe incontrato dei pericoli. Se dal popolo, dalla città, dal municipio venissero eletti gli ufficiali del Ministero pubblico, la istituzione mancherebbe di unità, i suoi membri mancherebbero d'indipendenza; non vi sarebbe nè forza nell'agire, nè imparzialità nel giudicare, ecc. Tutte osservazioni giuste, ma inutili. Si può dare al governo tutto ciò che gli conviene, cioè il magistero amministrativo senza dare alla politica una ingerenza sui giudizii, come noterò più avanti.

l'azione pubblica è bensì trasmessa al pubblico Ministero dal potere esecutivo ; ma quella stessa azione pubblica, che gli è trasmessa dal potere esecutivo, *infine appartiene alla società tutta quanta*. Adunque è in questa idea che il pubblico Ministero acquista il sentimento della propria indipendenza, tale da potere rispondere in nome della propria missione contro le esorbitanze del governo ove fosse d'uopo? Ma non mi dite voi ad ogni momento che l'azione pubblica appartiene alla società, e quindi per essa al governo? Anzi non mi avete anche più espressamente detto che l'azione pubblica è attributo essenziale del potere esecutivo, a lui affidato dalla società a propria tutela? (*a*).

Non si può sfuggire alla logica dei principii. Nel sistema francese non se ne può citare alcuno che favorisca la indipendenza del pubblico Ministero. I pensatori di un'epoca posteriore, interpretando i principii per adattarli a un gran bisogno morale del loro tempo, davano mostra di non averli intesi. Ma i contemporanei e gli autori ne deducevano ben altre conseguenze. Non mancò di agitarsi nei consi-

(*a*) Mi preme troppo di cogliere i miei avversarii nelle loro contraddizioni. *L'action publique appartient à la société : et elle est exercée en son nom*, HELIE, n. 660. Noto nel testo che lo stesso antore dice che il pnbblico Ministero rappresenta la società, quindi allo stesso pnbblico Ministero, *in virtù di tale rappresentanza*, appartiene l'azione pnbblica. Non c'è che dire : il discorso è irreprensibile. Ma il malanno si è che altrove si è vociato altamente che *l'azione pubblica è nel potere esecutivo*. L'autore nelle sue tre regole fondamentali (V. n. 657) pone questa. *Le droit de l'Etat*, COMME REPRÉSENTANT DE LA CITÉ, DE POURSUIVRE *devant les tribunaux les faits qui en troublent l'ordre. La cité*, rappresentata dall'*Etat* e forse diversa dalla *société* rappresentata dal Ministero pubblico ? Non credo. Difatti al n. 658, dopo aver detto che l'*intérêt commun de* LA CITÉ *exige que ce trouble cesse et ne se reproduise pas....* immediatamente.... *ce sont là les conditions de* TOUTE SOCIÉTÉ..... E così in altri luoghi. Or come va : nno dei fondamenti del vostro diritto pnbblico si è che il potere esecutivo esercita i diritti della società in quanto *la rappresenta* ; e altrove a persuadermi che il pubblico Ministero è indipendente dal potere esecutivo, mi fate sapere che il pubblico Ministero *rappresenta la società*, e perciò, come se rappresentasse, un principio di tntt'altra natura, ha ragione d'indipendenza. Mentre si sforzano di disgiungere gli ufficii, eccoli cadere nella identità col circolo rientrante delle rappresentanze. « L'action publique doit être l'objet d'une délégation indirecte, c'est-à-dire, *quelle doit être déléguée par la nation au pouvoir exécutif qui la délègue lui même a ses agents*. Ancora. *Cette action* (l'azione pubblica) RENTRE DONC DANS LES ATTRIBUTIONS ESSENTIELLES LÉGITIMES DU POUVOIR EXÉCUTIF : *elle est l'arme que la société met dans ses mains et dont il doit disposer pour accomplir sa tâche, etc.* (§ 658, *etc.*).

gli preparatorii la questione, se il procuratore generale che ha ricevuto del ministro l'ordine di promuovere un processo, sia legato a quest'ordine in tutte le sue convinzioni, compresa quella di dovere concludere per la condanna. Una questione di questa natura non avrebbe mai dovuto farsi; o se si trovava possibile, doveva nascere il sospetto che la costituzione non presentasse guarentigie sufficienti alla libertà del magistrato. Che si rispose insomma a tale questione? Il gran giudice, l'imperatore, e lo stesso Treilhard si trovarono d'accordo che il pubblico Ministero *doveva obbedire* (LOCRÉ, titolo III, p. 169, ecc.).

## § XIX. — *Continuazione.*

77. Se il pubblico Ministero è un magistrato fornito di attribuzioni varie ma talmente distinte che le une siano dalle altre del tutto indipendenti, bisognerà pertanto cercare fuori del sistema francese i principii di questa indipendenza.

78. Ma prima dee vedersi se quella pluralità, o, anche se vuolsi, apparente incompatibilità di attribuzioni, esista.

Quando si vuole stabilire la relazione amministrativa del pubblico Ministero col governo, si suol mettere in vista quel personaggio eminente che è il procuratore generale, descrivendo come corrisponda di continuo col governo, e da esso riceva ordini, per l'oggetto loro comune e tanto interessante, della giustizia punitiva. Difatti questo moto amministrativo si concentra nel procuratore generale; non tanto, e parmi notevole, in quanto è capo di un corpo giudiziario, ma più ancora in quanto occupa una posizione che lo costituisce l'organo più sicuro, il più sapiente intermediario di siffatte comunicazioni col governo. Questo assettamento amministrativo è lodevolissimo; e l'ho per uno dei migliori regali che la Francia ci abbia fatti. Nulla invero di più improvvido e irragionevole si potrebbe pensare, quanto il volere fare della giustizia un campo separato, una zona abbandonata dal governo. La pubblica sicurezza è di maniera un interesse del governo che è insieme uno dei principali suoi doveri; e nulla di meglio inteso e proficuo che questa alleanza e questo nobile concorso che avvicenda i lumi e le cognizioni, ed assicura una possente uniformità alla giustizia sociale.

La *giustizia sociale* ha un senso assai più esteso della giustizia punitiva. Essa ha bisogno del concorso di tutte le forze direttrici dell'ordine; e vi sta veramente in cima e la domina quanto è il potere esecutivo, il governo. L'educazione che oppone al delitto la moralità generale, la prevenzione della forza impiegata a dissiparlo mentre si forma, la repressione istantanea di moti ancora incomposti, o non maturi o non gravi abbastanza per essere oggetto della giustizia penale, che suol chiamarsi atto o *misura* di polizia, sono attributi del governo, cure, doveri indispensabili. Si bilancia, per così esprimermi, fra l'amministrazione e la giustizia, fra la giustizia sociale e la giustizia penale (*a*), il procuratore generale, quasi sulla soglia dei due emisferi, abile a cooperare col potere politico nell'interesse generale della giustizia, e insieme a consolidare coll'appoggio del governo l'amministrazione della giustizia penale. Quanto tiene agli ordini di giustizia il potere esecutivo, organo potentissimo del diritto, tanto tiene agli ordini amministrativi il procuratore generale nello speciale rapporto della posizione che occupa.

È in questo aspetto la dipendenza del procuratore generale dal potere esecutivo, e più propriamente dal Ministero di grazia e giustizia, considerato il procuratore generale come organo dell'amministrazione. Più, vi è uno stato di cose in cui l'amministrativo, che qui prende il nome di polizia, e il giudiziario, non hanno ancora presa, a così dire, una fisonomia determinata; e suole avvenire nella prima e fenomenica apparizione di certi reati che risvegliano a un tratto tutte le forze regolari e irregolari, userò pure questa frase, della vita sociale per comprimerli, sorprenderli, accertarli, fornire le prove. Allora ogni cittadino si fa organo legittimo della legge, ed è il caso del flagrante reato (art. 46, Codice procedura penale). Per un momento le relazioni fra l'amministrativo, il politico e il giudiziario diventano più indefinite e quasi confuse (*b*), ma in breve danno luogo, e si presenta una situazione più decisa. Come un processo comincia, come la giustizia penale entra nell'esercizio dei suoi diritti, il procuratore ge-

(*a*) Chiamo *giustizia sociale* quella rettitudine dell'operare governativo che non solo amministra con savіezza le leggi positive, ma intende eziandio ed applica le leggi naturali ed eterne onde scaturisce il bene morale, oltre la materiale prosperità dei popoli.

(*b*) In questo stadio il procuratore del re possiede delle facoltà d'istruttoria. *Codice di procedura penale.*

nerale, non è più un organo amministrativo, un organo dipendente. A questo punto è d'uopo usare un linguaggio più complessivo, e trasferirsi dalla persona del procuratore generale alla istituzione.

L'ordine giudiziario, e il pubblico Ministero che ne fa parte, ha in se stesso la sua forza. Esso non deve averla che in sè e da sè per essere pari all'altezza della propria missione e adempiere il fine. Se il pubblico Ministero ha la sua forza del potere esecutivo, avrà insieme da lui e la propria virtù e la propria ragione di essere. Il potere esecutivo avvolgerà questa nobile istituzione nella propria orbita, e più tardi, e quando occorra e sia d'uopo, nelle sue spire. Così il potere esecutivo si sarà aperta una larga breccia nella giustizia, e potrà tutto armato entrarvi quando gli talenti. Il potere esecutivo potrà imporre al pubblico Ministero, o negargli l'esercizio dell'azione penale, le requisitorie, le aringhe: in generale trasfondergli le convinzioni sue proprie. La politica nella giustizia: intendete voi questa parola? L'interesse politico farà sparire un grande colpevole, additerà un disgraziato per farne una vittima: intimerà dall'alto la sua prigionia, lo perseguiterà, senza riguardo al merito, e sino alla condanna colle eloquenti parole di un magistrato venduto allo stipendio! Non si farà? Ma può farsi, *senza abusare della istituzione:* questa è una osservazione terribile. Se il male si fa abusando della istituzione, la istituzione è buona. Ma se il male si fa senza ledere i suoi principii, allora è pessima: ora se noi continuiamo a dire che il pubblico Ministero rappresenta il potere esecutivo, ch'esso è l'anima e lo spirito del potere esecutivo, se in una parola, noi proclamiamo in principio che il pubblico Ministero dipende dal governo, noi introduciamo l'elemento politico nei giudizii come un diritto, come uno dei caratteri costitutivi della stessa giustizia.

Un governo non inspirato alla giustizia, un governo alla borbonica, potrà sempre violare quelle sacre porte, ma dovete costringerlo ad esser tiranno; per carità non gli dite, voi siete nel vostro diritto (a).

79. Distinguendo ciò che *è amministrativo* da ciò che *è giudiziario*, il confine è precisato, e la divisione è, quanto mai possa es-

(a) Basterà rammentare quella discussione del corpo legislativo, di che ho dato cenno nel § XVIII, alla quale altri proposti dei legislatori darebbero maggiore consistenza, ove il potere esecutivo è preordinato come avente una superiorità di diritto sull'ufficio e sulla coscienza del procuratore generale. L'istituzione del

sere, assoluta. Dove comincia la giustizia comincia il *regnum Dei*, il regno della coscienza ove Dio solo impera. Il potere esecutivo deve deporre al vestibolo del tempio della giustizia, i suoi fasci consolari; non deve entrare, no, non deve entrare in quel tempio neppure per mezzo di procuratori e rappresentanti. Io qui non posso appellarmi alla costituzione (*a*) : ma faccio di meglio, mi appello al diritto, e rivendico alla scienza del giure un prezioso teorema, *la indipendenza del potere giudiziario*, checchessia del fatto, e quand'anche, com'è pur vero a lode di chi governa e di chi giudica, la esperienza sia migliore della teoria.

80. Tre dottrine francesi io debbo nominatamente respingere.

La prima che confonde la legittima ingerenza dello Stato nel preparare la giustizia colla giustizia stessa. L'opera dello Stato si divide, parte è legislativa, parte amministrativa. Lo Stato legislatore non è la giustizia, quantunque egli determini *a priori* le condizioni della sua esistenza. Sparisce perchè il suo còmpito è finito coll'apparizione della legge, e rimane lo Stato esecutore ed amministratore: il governo. Sarà questo la giustizia? La nomina dei magistrati e di tutti gli ufficiali; ed agenti; la sorveglianza e disciplinare e morale delle persone che costituiscono l'ordine giudiziario, spettano al governo. Non si è veduto però, che altra cosa è preparare la giustizia, altra cosa è il fare la giustizia. Che quella è opera amministrativa, ossia d'azione esterna; questa è opera di coscienza, ossia di azione interna. Le condizioni di una buona giustizia sono: le buone leggi, fatto legislativo: i buoni magistrati, fatto amministrativo. Così la giustizia si prepara. Ma all'atto della giustizia lo Stato è estraneo di guisa ch'esso medesimo deve inchinarsi alle sue decisioni.

Gran Giudice, era *parlante*. Giudice e ministro: proprietario della giustizia, forza del governo imperiale, espressamente creata a dominare i giudizii.

(*b*) Trascrivo con rammarico l'art. 146 dell'ordinamento giudiziario del 13 novembre 1859. « *Il pubblico Ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria*, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia ». Ma io protesto a favore della innocenza di questo testo. Esso non è una minaccia, come sotto la costituzione francese; è un poco materiale per non essere che una copia, fatta, io credo, senza la piena avvertenza del principio che inchiude, e del male che poteva produrre.

*Addiz.* — Nel novissimo Codice la formula è stata ripetuta: io pure non farò che ripetermi.

La seconda è la separazione troppo profonda che si è scavata, la frase non esagera, fra il magistrato dell'azione, e il magistrato del giudizio, fra il pubblico Ministero e i giudici. La dottrina francese fa del pubblico Ministero un difensore, e, in ciò lo mette al paro col difensore dell'accusato, salvo l'autorità e la preponderanza della posizione. Sono gli avvocati delle parti contrarie in mezzo alle quali si asside il giudice, hanno degli opposti interessi a difendere: da un lato quelli della società, dall'altro quelli dell'individuo. La società non dubita di versarsi tutta sopra un sol uomo col presidio di un campione autorevole, splendido pel suo grado, addestrato a quelle lotte eloquenti, sostenuto da tutta la forza del governo. Quanto più s'incalza il paragone fra l'oratore dell'accusa e l'oratore della difesa, tanto più si manifesta la distanza fra il pubblico Ministero e il magistrato giudicante. Ma la passione, che fa bella e onorata la difesa, sarebbe forse tollerabile nell'accusa? Eppure dal carattere che si attribuisce alla istituzione del pubblico Ministero, dalla natura della missione che le viene affidata, facile si deduce che il pubblico Ministero porta nella giustizia la passione e la politica; troppo calda la prima per serbare l'equilibrio della ragione nella pura ricerca del vero, troppo fredda la seconda per concepire quei nobili slanci che la difesa della verità inspira. Noi per contrario astraendo dalla politica e dalla passione, collochiamo il pubblico Ministero nella regione serena della verità e del diritto, e facciamo a lui comune la missione stessa del giudice, benchè in un diverso aspetto, per esaminare il diritto non solamente in quanto ha di *assoluto*, ma eziandio in quanto ha di *relativo* colla difesa, cioè in quanto la difesa si scosta e non corrisponde al diritto: onde gli è necessariamente impedito il voto definitivo nel tempo stesso ch'egli contribuisce potentemente a formarlo.

La terza è un'assai pericolosa amplificazione del sistema. Gli scrittori francesi ostentano la robusta complessione del pubblico Ministero, il vigoroso organismo che gli deriva non solo dalla propria costituzione ma altresì dalla forza del governo di cui è braccio e rappresentante, per l'effetto di sgomentare il delitto e perseguitarne gli autori. Noi pure ammiriamo quella potente unità di azione e di scopo, quella solidarietà di tante nobili intelligenze che combatte incessantemente il delitto, l'alacrità de' suoi funzionarii, la facondia de' suoi oratori. Ma noi vogliamo anche rivendicare la sua indipendenza, e colla indipendenza la dignità. Apostolo e campione della libertà del diritto deve

essere libero egli stesso. Posto sotto la tutela immanente del potere esecutivo, il pubblico Ministero è assai meno di quello che dev'essere e male adempie alla sua missione. Noi desideriamo che la sua voce abbia una ben meritata autorità che solo può dargli la coscienza della sua libertà. E in essa troverà una forza che il governo non può dargli, nè alcuno aiuto umano. La verità sia sempre la sua divisa e di questa dev'essere fiero. La forza e l'apparato che lo circonda, giova bensì ad imprimere la idea che la giustizia veglia e nulla può sfuggirle, e perchè il delinquente non la sfugga in effetto, ma le sue operazioni dee dirigere la coscienza; il principio santo della libertà dei giudizii si offende quando rivestite di lorica e di usbergo il rappresentante della società e lo cingete del prestigio di una posizione superiore per combattere, in nome di tutto il mondo, l'inerme che palpita sul banco degli accusati.

In questa ostentazione del potere sociale io veggo un nuovo pericolo: il pericolo delle altre libertà giudiziarie. Cotali guarentigie, e in ispecialità quella suprema dei giurati, che sarebbero esse se la stessa azione penale e gli atti tutti che devono svolgerla nel corso del giudizio, non fossero regolati da quel puro senso di giustizia che fa ripugnare al magistrato le persecuzioni odiose, inutili, terribili alla quiete delle famiglie, all'onore dei cittadini, per uno zelo di mandatario e rappresentante di un potere che lo eccita al rigore, per un interesse qualunque che non sia quello della verità?

La società, lo ripeto ancora in un discorso omai troppo lungo ma che non poteva essere più breve per confutare un vecchio e troppo radicato pregiudizio, la società ha un solo interesse: che la verità venga in luce, che la giustizia sia fatta: ha insomma l'interesse del diritto, e il pubblico Ministero non può essere rappresentante che del diritto.



## CAPO II.

### Dei principali requisiti e dei caratteri differenziali dell'azione penale e dell'azione civile.

---

§ XX. — *L'azione pubblica.*

81. Una semplice osservazione di nomenclatura.

*L'azione penale è essenzialmente pubblica:* la pubblicità è dunque l'attributo, il carattere dell'azione penale. Onde gli scrittori francesi a significare l'azione penale dicono sempre, *azione pubblica:* ma ciò non è esatto. L'attributo della pubblicità è semplicemente il carattere estrinseco. È il modo con cui l'azione penale si esercita. Il concetto intrinseco, o soggetto, è l'azione che nasce dal reato: cioè penale. Denominando un soggetto da una caratteristica differenziale, si presuppone il predicato opposto: azione pubblica presuppone l'azione privata, come azione penale è azione civile. Eppure, a rigor di termini, azione penale privata non c'è. *L'accusatio publica* era così detta perchè ad ogni cittadino era aperta l'accusa. Noi invertendo il significato della classica parola, diciamo che l'azione penale è pubblica perchè a privato cittadino non compete, perchè è una funzione del potere legale, l'opera del magistrato. La nostra formula è esclusiva, perchè se l'azione penale è *essenzialmente* pubblica, il contrario ripugna. Fedele alla formula noi escluderemo ogni limitazione che è un'altra dottrina francese (MANGIN, *Compendio*, n. 10), e mostreremo queste due cose: 1° che l'azione non cessa di essere pubblica anche quando ha d'uopo dell'impulso della querela; 2° che in quei casi in cui la parte privata ha tale facoltà che non può essere trattenuta nella sua domanda

dal magistrato, egli è perchè non esiste più il vero carattere dell'azione penale, e sostanzialmente si tramuta in una indennità civile.

## § XXI. — *Della indipendenza organica del pubblico Ministero nell'esercizio dell'azione penale.*

(Mangin, *Compendio*, n. 10 a 18).

Chiamo *organica* la indipendenza del pubblico Ministero in quanto deriva dalla sua costituzione, e riguarda il suo modo d'azione in ordine alla procedura, per distinguerla dalla indipendenza morale di cui si è discorso nei precedenti capitoli, che concerne la sua ragione oggettiva.

### I.

*Indipendenza in relazione alla parte lesa.*

82. Il magistrato penale si compone di tre grandi organi o ministeri, solidali nello scopo, correlativi nell'operare, indipendenti nella rispettiva sfera di azione. Solidali cioè nel principio pel quale esistono, correlativi nella economia della legge scritta che ne corregge i moti, indipendenti nella coscienza.

Le operazioni del magistrato penale, del pubblico Ministero, dell'istruttore, o del giudice, sono altrettanti giudizii: liberi per essere giusti. Ordinate i fatti esteriori: rispettate la libertà della coscienza. È il mio grido costante. Perciò il nostro autore ha avuto ragione di dire ciò che si legge nel n. 11 del *Compendio*.

Il pubblico Ministero fa un giudizio quando apre una procedura penale; un giudizio gravissimo; che, come ogni altro, consta del fatto e del diritto. La denuncia o querela che si presenta ha qualche dato di credibilità? L'azione che vi si denuncia è punita dalla legge penale?

Ma ha forse bisogno del concorso del giudice istruttore per risolvere? Se la denuncia o querela non ha quei requisiti, potrà essere respinta di proprio moto dal pubblico Ministero? Io credo che nulla si opponga. Rimettendo all'istruttore la denuncia o querela, il pubblico Ministero vi ha già attribuito un valore, quello che basta per

aprire su quella base un processo. Il nostro art. 42 (a), non deve intendersi obbligatorio pel pubblico Ministero se non in quanto giudichi essere il caso di dover procedere.

II.

*Indipendenza in ordine alla parte civile.*

(Mangin, n. 12, 13, 14).

83. Colla nostra teoria che fa del pubblico Ministero l'organo, non della società, ma del diritto, ha stabile fondamento la indipendenza di lui anche rispetto alla parte civile.

84. Vediamo in Mangin che gli scrittori della sua nazione i quali dubitarono della influenza di una denuncia, furono più concordi nel ritenere che la podestà del pubblico Ministero è limitata quando vi ha una parte civile.

L'autore rigetta con ragione anche questa dottrina.

Senza dubbio la *parte civile* ha una qualità giuridica che manca al semplice denunciante. Non rimase, come costui, fuori della porta, a porgere di lontano suppliche e memoriali; ma ottenne ingresso: è in giudizio: parla, discute, si batte coll'imputato, contrasta i suoi vantaggi, aggrava i suoi pericoli, ha delle obbligazioni, ha delle responsabilità; ha quindi dei diritti: diritti che corrispondono a quelle sue obbligazioni e responsabilità sono quelli di essere considerata appunto come parte in giudizio: e perciò si chiama *parte civile*. Ch'essa non rimanga inattiva e semplice spettatrice; che abbia dei diritti da esercitare e gli eserciti in effetto, la procedura lo dimostra in molti luoghi, specialmente ove si tratta della libertà dell'imputato, delle cauzioni che deve dare; si fa difendere, e può influire in tante guise nella condanna penale quantunque per essa non si solleciti che una condanna civile che ne sarà la conseguenza. Se togli questo, in che si distinguerebbe la parte civile dal denunciatore o dal querelante? Ma

(a) Citando articoli senz'altro, intenderò sempre qnelli del Codice di procedura penale del 20 novembre 1859.

*Addiz.* — Chi legge già sente che la mia opera era scritta, vigendo quella legge: essendone in corso la stampa, la nuova sopravenne. Io mi darò ben cura di fare le addizioni necessarie.

il pubblico Ministero che è mai fuorchè una parte? Nei giudizii criminali suole anzi chiamarsi parte principale; vale dire vera parte, propriamente parte, mentre nei giudizii civili è parte che si aggiunge (*partie jointe*): e significa non avere altro interesse che il vero; e si rispetta talmente questa posizione che è fatta nei giudizii civili al pubblico Ministero, nelle cause in cui dev'essere sentito, che la sua parola è l'ultima e non ammette contraddizione. Così trovandosi la parte civile a fianco del pubblico Ministero qual parte cointeressata nel giudizio, parrebbe congruo che il pubblico Ministero fosse tenuto a secondare le istanze della parte civile, a sostenerle presso il giudice della istruzione e presso il tribunale; e non fosse in lui autorità di non curarle ove gli sembrassero mal fondate o ingiuste.

Due ragioni per combattere questo sistema deduce il Mangin dal Codice di procedura francese; l'una positiva e l'altra negativa; la prima è che l'art. 3° mentre fa abilità alla parte lesa di costituirsi parte civile, suppone di già intentata l'azione pubblica; la seconda, che l'articolo non impone al pubblico Ministero verun obbligo di piegarsi alle esigenze della parte civile (V. *Compendio* n. 12).

Per quanto a me pare, simili risposte sono insufficienti.

L'azione civile si può esercitare innanzi allo stesso giudice e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione penale, come può esercitarsi separatamente avanti il giudice civile: è questa la disposizione del nostro Codice, non dissimile da quella del Codice francese (art. 4). È positivo che la costituzione della parte civile non ha luogo che nella pendenza del giudizio penale. Ma non pare una questione di tempo. Se la parte civile potesse influire sulle determinazioni del pubblico Ministero, il momento della sua comparsa sarebbe indifferente: essa potrebbe spiegare la sua efficacia in qualunque punto del processo.

E quale sicuro argomento potrebbe togliersi dal silenzio del Codice? Il Codice non dice che il pubblico Ministero abbia a dar conto a un'altra autorità delle ricerche e dei propositi della parte civile, in quanto siano diretti allo scopo della penalità (poichè propugnando i suoi interessi civili è nel pieno suo diritto): ma i Codici non dispongono di ogni cosa. Al di sopra del Codice è la istituzione coi suoi caratteri intrinseci ed essenziali. Se la *parte civile* ritraesse dall'essere proprio, e dalla natura delle sue relazioni nel giudizio penale, la facoltà di modificare la libera azione del pubblico Ministero, il silenzio del Codice non farebbe prova del contrario.

La questione, sollevandosi, potrebbe farsi più grave. Cogliendo in parola i partigiani dell'interesse, si potrebbe obbiettare che mentre il pubblico Ministero, rappresenta la società e i suoi interessi offesi dal delitto, il suo istituto è nello stesso ordine di finalità in cui si muove la parte civile. Sono interessi all'unisono se si osservi che l'interesse generale e il particolare derivano dalla stessa causa, il delitto, e tendono a una riparazione benchè per diverse vie. Perchè mai il pubblico Ministero non vuole solidarietà con siffatti interessi? Perchè dichiara di esservi estraneo e di agire indipendentemente da essi? forse perchè gl'interessi ch'egli difende non sono particolari, ma generali: non materiali ma ideali, non sono dell'individuo ma della società? No: il magistrato non dice, io ho un interesse piuttostochè un altro: ma, io non ne ho nessuno. Pensateci; e vedrete che questa è la salda e nobile radice della indipendenza di cui si vanta.

Vi sono dei rimedii contro gli abusi di tale indipendenza? È ciò che esamina l'autore (*Compendio*, n. 14).

Bisogna stabilire che s'intenda per abuso. È l'adoperare una facoltà contra od oltre il fine per cui è concessa. L'abuso è sempre il pervertimento di una facoltà, e accade sì nelle materiali facoltà, che nelle intellettive. Determinare il punto in cui la facoltà finisce e l'abuso comincia, è arduo nell'operare intellettivo; tuttavia la ragione può trovare questo termine. Non parliamo di abusi malvagi e criminosi condannati da altre leggi. Il diritto d'interpretare un atto, e di non tenerne conto se si estima inutile, superfluo, inconcludente, fuori di ragione, può essere abusato: nessun dubbio. La legge ha sempre dei rimedii per siffatti abusi? Ecco una questione di positività, d'organismo. Mangin dice che dall'abuso del procuratore del re si può far ricorso al procuratore generale. D'accordo, perchè siamo in un corso gerarchico, e dall'inferiore è naturale l'ascesa al superiore. Poi aggiunge: dal procuratore generale si può fare appello al ministro. E qui mi divido dall'autore. Se il procuratore generale ha trovato che le istanze della parte civile sono inammissibili, non meritevoli di riguardo, per cui si è creduto che la procedura non dovesse piegarsi alle pretese di lui, quale competenza avrà il governo per interloquire, per imporre una opinione? Nessuna, io credo. Non possiamo attribuirgli simile competenza, senza attribuirgliene molte altre sui giudizii penali. La confusione fra l'ordine esteriore e l'interiore è continua negli scrittori francesi, i quali, anche quando si porgono soste-

nitori di libertà, lo fanno per conto proprio e non mai in nome dei principii della loro legislazione. Ora io dico, ai turbamenti, ai disordini della prima specie fa legittimo riparo il governo, sospende, destituisce se occorre, provvede cogli ammonimenti e colle discipline: ma il sapere se una pretesa della parte civile debba apprezzarsi, discutersi, venire accolta, è affare di coscienza, appartiene alla giustizia (a).

(a) Il Mangin c'impara al suo n. 22 (*Compendio* n. 1), che *la lois a veillé à ce qu'on ne pût pas en abuser*, citando l'art. 274 del Codice d'istruzione. Questo articolo dice soltanto, che « il procuratore generale, sia d'ufficio, sia sugli ordini del Ministero della giustizia, incarica il procuratore del re, *de poursuivre les délits dont il a connaissance* ». Nessuno argomento *ad abusum* nasce da questo articolo che, per lo meno, è inutilmente citato.

Il secondo argomento della *esatta sorveglianza* della legge, è tratto dall'obbligo imposto al procuratore del re o suoi ausiliarii, e al giudice della istruzione di recarsi immediatamente sul luogo del delitto flagrante, ed ivi constatare i fatti. Come si può disprezzare una tale ingiunzione, dice il nostro autore; è possibile che il Ministero pubblico, *par un refus déplacé*, lasci perire le prove, e disperdere le tracce del delitto, dacchè ogni ritardo potrebb'essere fatale? Ciò significa che il pubblico Ministero farà il suo dovere. E io pure lo credo; e onoro il consueto suo zelo, la sua costante alacrità. Ma è forse questo l'argomento che deve provare la esistenza di un rimedio contro l'abuso, non credibile, ma possibile?

La terza prova è tolta da ciò che le parti lese hanno diritto di citare *direttamente* il prevenuto nelle cause di contravvenzioni e di certi reati correzionali; e mostra che è sempre un vantaggio pel cittadino evitare un processo formale e allontanare la ingerenza del pubblico Ministero. La teoria della citazione diretta ha ragione di essere in un principio che porteremo in altro luogo. Il pubblico Ministero non può abusare della sua ingerenza, quando ne è privato: allora siamo d'accordo. Riferisco volontieri questo passo del Dalloz. « Le ministre de la justice n'exerce sur le procureur général, et celui-ci sur le procureur impérial *qu'un droit de direction purement administrative*; l'exercice de ce droit est sans effet sur la validité des actes de la compétence du fonctionnaire inférieur; ainsi les poursuites exercés par ce dernier, *quoique désapprouvées par le magistrat supérieur*, ne laisseraient pas des suivre leur cours ». (*Minist. pub.*, n. 245, t. XXII). Osservo che anche il Mangin in qualche luogo professa questa salutare dottrina (Ch. 11, sez. 1, § 1), onde simili conclusioni se non sono plausibili in logica, posto che vogliono fare del pubblico Ministero un delegato del potere esecutivo, onorano però la rettitudine del loro animo. (V. MORIN, *Dictionnaire, action publique*, p. 39; LESELLYER, *Traité du droit criminel*, n. 470).

## § XXII. — *Delle attinenze del Ministero dell'azione con quello della istruzione.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 16, 17).

85. Secondo il Mangin, il principio della indipendenza dell'azione pubblica (che noi chiamiamo semplicemente *penale*) ha due limitazioni. La prima sarebbe fuori della nostra legislazione (V. sopra *Compendio*, n. 16, ed ivi nota): la seconda limitazione sarebbe determinata dalla facoltà attribuita alle Corti d'appello dall'articolo 235, del Codice d'istruzione francese al quale pienamente corrisponde il nostro articolo 437. (Cod. del 1859).

L'illustre autore, scegliendo il suo punto obbiettivo, considera come sussista la libertà del Ministero dell'azione di fronte ai *tribunali che devono giudicarla*. Egli si sente, per così dire, oppresso alla idea di un potere sì esorbitante quale sarebbe quello di un tribunale che riunisse la triplice podestà dell'accusa, del processo, e del giudizio: di un tribunale che potesse dettare leggi allo stesso pubblico Ministero. Ed è lieto dimostrare che la Corte suprema, in non pochi suoi responsi, ha riprovato l'arbitrio arrogatosi da certi tribunali di ordinare al pubblico Ministero operazioni ed atti di procedura.

Ma la indipendenza del pubblico Ministero si limitò in due casi; l'uno è nella legge 20 aprile 1810 (art. 11), l'altro nello stesso Codice d'istruzione criminale (art. 235). Colla prima disposizione era data facoltà alle Corti imperiali, convocate in piena assemblea, d'intendere, le denuncie che qualcuno de' suoi membri fosse per fare intorno a crimini o delitti che si teme rimangano impuniti; di ascoltare i rapporti del procuratore generale, e d'imporgli il procedimento (*a*), L'altra disposizione, che il Mangin reputa pure limitativa della indipendenza del pubblico Ministero, abilita le Corti ad ordinare d'ufficio istruzioni, processi, ad esaminare i documenti, gli atti, decretare provvedimenti, statuire con piena facoltà quanto stimi opportuno (*b*).

(*a*) Il consigliere portava il suo reclamo al proprio presidente il quale convocava la Corte.

(*b*) L'art. 235, è così espresso: « Dans toutes les affaires, les cours royales, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d'office, soit qu'il y ait ou non, une instruction commencée par les pre-

Il Mangin giudica d'indole diversa queste due istituzioni. La prima intende a provocare l'azione pubblica quando sonnecchia; l'altra autorizza *les chambres d'accusation* ad avocare a sè l'istruzione, *intentata già la procedura;* ad estenderla a tutte le persone, a tutti i fatti che vi hanno rapporto. Il primo articolo suppone la inerzia del pubblico Ministero e tende a scuoterla. L'altro suppone un'azione mossa, e il bisogno di più ampio sviluppo. C'è del pericolo pel prevenuto, dice l'autore, nel primo caso poichè in quel numero di magistrati si può trovare qualcuno che ha fatto già delle parti a lui contrarie: ma infine di che si tratta? Si tratta di sentirsi dire al pubblico Ministero, andate avanti: e tutto è qui. Ma nell'altro caso il pericolo sarebbe maggiore. Camera processante e Camera d'accusa nello stesso tempo, farebbe atti d'istruzione, ordinerebbe carcerazioni, darebbe giudizio dei proprii fatti, e tutto e sempre a danno dell'accusato. Potere mostruoso, dice il Mangin, potere incredibile e ch'esso rigetta (*a*).

86. L'*Helie* (n. 644), giunto a questo tema speciale, rammenta la sua teoria. Il procedimento d'ufficio delle Corti reali è per lui una delle basi dell'azione pubblica; come la istanza della parte lesa è un altra base. Lungi dal farsi una novità, era un moderato ritorno alle antiche idee della giurisprudenza francese per le quali l'azione pubblica si centralizzava nel magistrato, *investita di una delegazione diretta*, quasi di mano stessa del principe, mentre, rispetto agli altri

mières juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer, et statuer ensuite ce qu'il appartiendra ».

Mettiamogli d'appresso l'art. 436, del nostro Codice di procedura penale. « In tutte le cause per crimini o per delitti di competenza della Corte d'assisie, la sezione d'accusa, sino a tanto che non avrà deciso se havvi luogo a decretare l'accusa, potrà d'ufficio, o sulla richiesta del pubblico Ministero o sopra ricorso dell'imputato o della parte civile, siavi o non istruzione cominciata dai primi giudici, avocare a sè la causa, ordinare che si proceda, farsi trasmettere gli atti del processo, assumere o far assumere informazioni e quindi statuire come sarà di diritto. La sezione d'accusa avrà la stessa facoltà riguardo agli altri delitti ».

La redazione più estesa e più comprensiva di questo articolo ha sciolte alcune dubbiezze che si presentavano nella legge francese. Lo vedremo più avanti.

(*a*) Mangin, *Traité de l'act. pub.* Ch. 1, n. 25. Il potere della Camera delle accuse diventerebbe mostruoso, com'egli dice, se potesse imporre al pubblico Ministero l'esercizio dell'azione. Segue che la Camera delle accuse questo potere non l'ha. Dopo ciò non s'intende perchè il Mangin trovi che quella disposizione rappresenta un limite, biasimevole per certo, *al principio d'indipendenza dell'azione pubblica*, op. n. 24).

agenti, poteva dirsi una delegazione di secondo grado. Checchè fosse di cotali delegazioni e suddelegazioni, l'*Helie* coglie benissimo lo spirito di questo istituto, asseverando che lo scopo fu quello di attribuire una maggiore intensità all'opera della giustizia inquirente, facendo uscire dal loro isolamento i funzionarii che se ne occupavano, costituendo un forte potere d'istruzione. Napoleone stesso espresse questo pensiero nella seduta 23 ottobre 1804 (*a*). E in vero alle Corti reali vennero a far capo tutte le potenze del processo (art. 9, Codice d'istruzione criminale), benchè, giusta la osservazione del Sirey, la podestà loro fosse mal definita; e nella sua indeterminatezza, io aggiungo, meno efficace. L'art. 235 del Codice d'istruzione e l'11° della legge 20 aprile 1810, determinavano quella podestà qualunque, e insieme le conferivano un valore pratico. L'alta importanza della sua funzione, e la ingerenza che poteva spiegare, era forse quel limite, quell'impaccio alla indipendenza dell'azione pubblica, ed al suo precipuo motore il pubblico Ministero, quale ravvisava il Mangin? L'*Helie* non divide questa opinione; poichè la Corte non accoglie in sè ogni potere dell'azione, ma quello soltanto di darvi un impulso, energico se vuolsi, e poco cedente; ma non se ne impadronisce e non la fa sua. Il suo potere appartiene alla istruzione (*b*).

87. Si può osservare di passaggio che l'art. 235, del Codice d'istruzione francese era in qualche parte mal espresso ed oscuro, e lasciava incerto se quella straordinaria attribuzione istruttoria fosse devoluta alla Corte o a quella parte di essa che chiamano *Camera di accusa;* se potesse esercitarsi in ogni procedura o sopra delitti di lieve importanza. Codeste dubbiezze non esistono in confronto della legge nostra.

L'art. 436 del Codice di procedura penale, trasportando la sostanza della disposizione, dichiarava letteralmente che la facoltà era consegnata *alla sezione d'accusa*, confermando le interpretazioni dei migliori glossografi francesi che nel dubbio della loro legislazione così generalmente opinavano (HELIE, *De l'act. pén.* n. 731). Dallo straordinario procedimento l'art. 436 esclude le contravvenzioni (*c*).

La legge francese, significando che la Corte, poteva provvedere

(*a*) LOCRÉ, XIII.

(*b*) Malgrado la critica del suo annotatore il prof. Nypels che pretende avere l'*Helie* abusato degli argomenti stessi del Mangin.

(*c*) Corrisponde l'art. 448 della nuova procedura penale.

d'ufficio pareva inchiudere la facoltà di farlo ad istanza del pubblico Ministero, dell'imputato, e della parte civile. E l'articolo suddetto non lo lascia indovinare ma lo dichiara espressamente (a).

88. La osservazione per altro non risponderebbe alla indicata teorica di Helie (sopra, n. 84) esistendo tuttavia il procedimento d'ufficio della Corte reale ch'esso dichiara *una delle basi dell'azione pubblica*. La triplice base sarebbe il potere esecutivo, il magistrato giudiziario, la parte lesa (*De l'act. pén.* n. 723). La scienza non può accettare siffatte teorie. Non è nel Codice che si deve cercare *la base* dell'azione penale. Come manifestazione del diritto, ch'essa rappresenta nel suo passaggio dallo stato ideale a quello della vita giudiziale, la sua base, ossia il suo principio informante, è nella potenza medesima del diritto. Lasciato da parte il potere esecutivo, che nella mia opinione è assunto ad una sfera di attività del tutto diversa, gli altri che l'illustre autore accenna, sono semplicemente organi dell'azione. Ciò che si crede potersi chiamar *base dell'azione*, è concetto che non può non appartenere alla sua intima essenza; nè mai con tal formula potranno nel linguaggio scientifico raffigurarsi i mezzi esteriori, accidentali e variabili, e semplici modalità della manifestazione.

89. Se non che fra gli organi impellenti dell'azione, restano importanti distinzioni non avvisate dagli autori francesi.

Esaminiamo ancora il sistema del Codice.

Il pubblico Ministero è il magistrato al quale specialmente la legge affida il diritto dell'azione. Egli possiede la duplice podestà della *iniziativa e dell'esercizio* che essendo sostanziale e caratteristica lo fa essere quello che è, ossia lo separa e lo distingue da ogni altro organo del diritto penale. Dal che si deduce eziandio quanto sia erronea la teoria che ne *fa una base dell'azione* come un'altra; quasichè la facoltà della iniziativa che semplicemente appartiene al potere della istruzione e, in certi casi, anche all'offeso, avessero termini di paragone con quella del pubblico Ministero.

Lasciamo ora di parlare della iniziativa della parte offesa, e parliamo di quella che spetta al potere istruttorio.

Ma prima procuriamo di tracciare anche qui alcune linee esatte di separazione fra l'opera del pubblico Ministero e quella del giudice della istruzione.

(a) La facoltà è attribuita al solo pubblico Ministero dall'art. 448 del nuovo Codice di procedura penale.

90. L'istruzione è un ufficio intermedio fra l'azione e il giudizio. Essa può riguardarsi sotto due aspetti: 1° ordinatorio; 2° avente un carattere decisorio in relazione ai fatti transitorii che appariscono in quell'opera di costruzione che si chiama il processo (*a*).

La istruzione, o procedura scritta, non è una parte essenziale del processo. La istruzione non occorre in tutte le cause. È un sistema di convenienza e di comodo, non una necessità. In Inghilterra è poco, in America è nullo. Si potranno fors'anche concepire metodi migliori, e farne senza. Ha un qualche cosa che tormenta la libertà individuale con segrete e pericolose ricerche, e con decisioni non rare volte leggiere e funeste. Contuttociò presenta dei grandi vantaggi, e crediamo che possa rendere un vero servigio alla verità, amministrato con molta diligenza e religiosa imparzialità. Teniamolo com'è, per ora; ma sarà ben facile il vedere e l'andar convinti, che siffatto Ministero non può mai essere al paro nella sua realtà essenziale con quello dell'azione e con quello del giudizio che soli costituiscono invariabilmente il processo penale.

Quali sono i rapporti o punti di contatto che il Ministero dell'azione ha con quello della istruzione?

Ho d'uopo di cumulare in questo § molte idee importanti.

Una di queste si è, che *l'azione penale è progressiva*. Essa non è mai stata considerata da questo lato.

L'azione comincia, si svolge, e finisce in una affermazione o conclusione di diritto, qualunque sia. È un vero processo in un processo, intendendo con questa frase un discorso ideale guidato dalla ragione verso uno scopo. Il pubblico Ministero *agisce* in questo scopo dalla prima parola con cui muove la giurisdizione sino all'ultima che depone nella coscienza del giudice. Egli passa attraverso il procedimento senza confondersi cogli altrui attributi e senza urtarli, come una corrente che mantiene un corso visibilmente distinto in mezzo ad acque maggiori. Il cooperare di più mezzi verso un fine unico senzachè la unità dello intento pregiudichi alla varietà, serbando ad un tempo la indipendenza dell'operare, è un problema arduo si nella giuridica che nella politica, e che la nostra età crede, e per avventura s'inganna, di avere già sciolto. La varietà è la discussione, è il contrasto, è l'attrito delle

(*a*) Si considera decisorio, il decretare visite locali, perquisizioni, comparse, arresti, cauzioni, ecc. Decisorio s'intende *nel giro della istruzione*.

idee: e di tutto questo la verità è il premio. Il pubblico Ministero si trova spesso a fianco dell'istruttore come un ausiliario; altre volte si divide da lui e lo combatte (a). Male si avviserebbe ad un sindacato, ad un controllo, ad una rivalità, o pur anco alla divisione delle attribuzioni (b). Nulla di ciò. Il sindacato e il controllo suppongono la omogeneità della gerarchia e la superiorità. Non sono facoltà rivali quelle che vanno ad un fine; la dualità (armonica in questo caso) è la prova di una esistenza distinta. Se altri dirà che il pubblico Ministero fa in certo modo l'ufficio di potere moderatore rispetto al giudice della istruzione, non vorrei oppormi, purchè si consideri tale non in forza di un istituto a lui proprio ma per quella legittima ed utile influenza che gli organi attivi del diritto esercitano rispettivamente in due modi; 1° col limitarsi nel loro esercizio; 2° col porgersi aiuto nel loro concorso, lumi ed insegnamenti colla loro opposizione.

91. Così delineate, per quanto ci permette la ristrettezza dello spazio, le funzioni del pubblico Ministero e del giudice istruttore nelle loro attinenze, rimane sempre che la primordiale iniziativa è propria soltanto del primo; e che svolgono entrambi le loro operazioni in un piano affatto distinto.

92. Ma non saria forse utile cosa che qualche altro magistrato, oltre il pubblico Ministero, fosse fornito di quella stessa iniziativa; di quella tuba possente, permettetemi la frase, che risveglia la giustizia, che quantunque dea, dorme qualche volta e riposa? La legge ha moltiplicato le scolte, ha spinto una folla di agenti giudiziarii, senza timore di confondere gli ordini, sulle tracce del delitto: perchè non potranno aggiungersi altre forze onde vieppiù assicurarsi che la giu-

(a) Intervento del pubblico Ministero nella istruzione, articoli 86, 144, 187, 203, 211, 220, ecc. Diritto di contraddizione, articoli 97, 207, 208, 247, ecc. Questi articoli appartengono al Codice del 1859 secondo il quale io scriveva. È facile trovarne il confronto nell'attuale.

(b) Le leggi del 1791 e del 3 brum. anno IV, davano al pubblico Ministero la doppia incombenza dell'azione e della istruzione, nella facoltà d'interrogare testimonii, far visite, compilar processi verbali e persino rilasciare ordini d'arresto. Nel successivo e migliorato sistema tali facoltà si restringono rigorosamente al caso flagrante. Gli rimane il dovere di vegliare continuo alla scoperta di nuovi fatti; onde raccoglie materiali e forma anche dei processi verbali che non hanno però che un valore *indicativo*, nè con ciò si offende la competenza del giudice d'istruzione. *Cass. franc.* 5 *marzo* 1857; *Palais Jour. anno* 1858, *p.* 73; *Cass.* 4 *ag.* 1854; *Cass.* 9 *marzo* 1855 *e* 28 *giugno* 1855; *Pal. an.* 1856, *p.* 28.

stizia avrà il suo effetto? Non vi è mai del troppo nel necessario. E già abbiamo visto simile idea prevalere nei consigli della legislazione francese, e trasportarsi nella nostra, con senno anche migliore.

È da osservare che la ragione che mosse quei legislatori, fu meno intesa ad accrescere i mezzi dell'azione che di dare un appoggio ed un centro alla istruzione. Le sedute preliminari che si tennero sotto la presidenza dell'imperatore ne porgono storicamente la prova. L'istruttore è quasi abbandonato a se stesso, e questo sarà sempre uno dei difetti del sistema. È d'uopo molte doti supporre in lui: capacità, attività, probità, intelligenza, acume, destrezza, conoscenza degli uomini, esperienza degli affari. In qualche altro magistrato, anche più elevato, si potrebbe non supporle tutte, senza fargli torto, e senza danno dell'ufficio. E tale funzione che ha una spontaneità maggiore di ogni altra, tiene dell'arbitrio indispensabile del fare amministrativo. Forza soverchiante perchè isolata, e si può dire unica nel suo genere, corretta per antitesi e non per gerarchia. Magistratura parallela e quindi senza grado di autorità sopra le altre che collaborano con essa; magistratura essenzialmente senza veruna iniziativa.

*L'iniziativa* è di due maniere, e corrisponde ai diversi ordini dell'operare giuridico. L'una può altresì chiamarsi ordinaria e l'altra straordinaria. Iniziativa della prima maniera ordinaria, ed abituale è quella che spetta al pubblico Ministero, al Ministero dell'azione. Ordinariamente il processo comincia da lui, si muove da lui, dal fatto suo, dalle sue ricerche. Quei primi moti empirici, incomposti, tumultuari della polizia, che si destano e fanno ressa all'apparizione del delitto, non sono una vera iniziativa giudiziale, ma piuttosto una preparazione e un côlta di materiali che non hanno un valore giuridico se non passati per lo scrutinio del pubblico Ministero che giudicandoli atti alla prova, se li appropria per istaurare l'azione. L'altra maniera d'iniziativa è quella che il Codice attribuisce ad un'altra autorità, a quella della Corte d'appello coll'art. 436 (*a*).

La Corte d'appello non ha il potere *dell'azione;* ma fra gli altri suoi attributi, ha un potere *d'istruzione*. Avverto che due o più ministeri dell'azione sono incompatibili, costituiscono l'assurdo. Sareb-

(*a*) Art. 448 del Codice attuale 26 novembre 1865, V. nota sopra. Avanti la sezione d'accusa si svolge ora una istruzione difensiva che è uno dei miglioramenti più notevoli della nuova legislazione.

bero due attività veramente rivalizzanti e formerebbero un dualismo non cooperativo ma ostativo. L'una vorrebbe e l'altra no: e la gara nuocerebbe immensamente alla unità del procedimento. Allora si griderebbe con ragione contro la lesa indipendenza del pubblico Ministero. Assurdo che non può imputarsi neppure ai legislatori francesi del 1810, che fecero uscire dal seno stesso dei consiglieri d'appello un denunziatore, un giudice particolarmente informato, che getta l'allarme in mezzo alla Corte e la commuove eccitandola ad ingiungere ordini dal pubblico Ministero affinchè promuova un'azione trascurata, o continui una procedura giacente. Per quanto sia di pessimo conio codesta *melange* di denunziatori e di giudici, e risenta la imperfezione di un sistema nascente, contuttociò non si ebbe certamente in pensiero di fondare fra le pareti della Corte un nuovo e proprio Ministero d'azione, mentre quella ingiunzione non poteva mai ritenersi che esortativa e non punto imperativa. Non accolta ragionevolmente da noi quella disposizione, ci rimane l'art. 436 (ora 448) che è uno dei migliori istituti del Codice.

93. Esso contiene due notevolissimi vantaggi; 1° dà nuovo polso e vigore alla istruttoria costituendole un centro che potrebbe dirsi il suo centro di gravità, facendo verso quello preponderare ciò che vi ha di più importante nella istruzione; 2° concorre alla efficacia dell'azione, al suo sviluppo; vi comunica l'attività del suo spirito; illumina la via che deve percorrere.

Per altro è facile scorgere che non è questo il primario e l'immediato scopo dell'art. 436. Lo scopo dell'articolo è di sostituire la Corte, non al pubblico Ministero, ma all'istruttore. Questa straordinaria facoltà è perciò supplementare, riguardata nel punto di vista dell'operare effettivo (a); quantunque teoricamente sia insita e propria della sezione d'accusa. Essa è il magistrato al quale fa capo e nel quale termina il processo istruttorio; consolida e pone il suggello della sovrana sua autorità alle operazioni dell'istruttore, confermando coll'arresto formale (cattura) quello semplicemente provvisorio ordinato dal giudice, sanzionando col rinvio ad una Corte d'assisie le prove raccolte; ovvero dichiara il lavoro della istruzione insufficiente e libera l'im-

(a) È *straordinaria* in quanto all'applicare la facoltà, il che non accade che nei casi più gravi e meritevoli, o quando l'abbandono di una procedura, che per fortuna è cosa rara, lo esiga imperiosamente.

putato; o ingiunge una più ampia istruzione (art. 422). È dunque una podestà omogenea e correlativa a quella ch'esercita l'istruttore comechè non continuativa e succedanea, ma distinta, superiore, e sostanziale. L'avocazione della procedura, e lo stesso esercizio della istruzione sono perciò contenuti nella virtuale autorità di cui la Corte è investita (a).

94. Il secondo dei ricordati vantaggi, meglio che uno scopo, può dirsi una conseguenza; è quello che doveva derivare dall'uso opportuno fatto dalla sezione d'accusa del diritto che l'art. 436 le conferisce. Quanto più largamente si svolge la prova, quanto più solidamente si costituisce, tanto più aumenta il soggetto di attività dell'azione penale, e le imprime un moto più celere verso il proprio scopo, la giustizia. È un risultato: ecco tutto. Onde a me paiono caduti in grave errore quelli che dissero che la indipendenza del pubblico Ministero era ferita da questa legge. Primieramente la lettera dell'articolo non attribuisce verun potere alla sezione d'accusa sopra il pubblico Ministero. Possono e devono assumersi degli atti, delle informazioni, ordinante la sezione d'accusa, anche indipendentemente dal contemporaneo concorso di lui, io lo ritengo; ma in breve, alla comunicazione che il pubblico Ministero deve ricevere di quegli atti e di quelle informazioni, egli solo ha delle requisitorie da fare, egli solo spiega i mezzi dell'azione, egli solo propugna la violazione del diritto, e tutto questo nel più ampio possesso della sua libertà e nell'assoluta convinzione della sua coscienza. In secondo luogo, la influenza di ragione che sempre e fortunatamente esercita la buona disposizione di una magistratura affine sull'operare delle altre magistrature, in un ben composto e armonico sistema, non è nè ingiunzione, nè comando, nè qualche altra cosa di questo genere.

(a) Questo non può dirsi della Corte d'appello in generale; non avrebbe potuto dirsi neppure in Francia, malgrado che le Corti d'appello fossero investite da un articolo che ho già citato, di un'alta facoltà di sorveglianza sulla istruzione dei processi. Bourguignon, nel *Manuel d'istruct.*, ritenne nonostante che l'art. 235, non riguardasse la *Camera delle accuse*, ma l'assemblea della Corte: in seguito si ritrattò. Se il dettato del nostro Codice non fosse abbastanza chiaro in questo proposito, la ragione tratta dalla natura della istituzione sarebbe più che atta a significare *la sezione d'accusa*: tanto più che noi non abbiamo nè quella disposizione che attribuisce alla Corte un diritto di sorveglianza generale, nè alcuna analoga a quella dell'articolo 11 della legge del 1810.

## § XXIII. — *L'azione penale, e l'azione civile.*

95. L'azione penale è un principio: l'azione civile un fatto quantunque fondato nel diritto. Riordinare lo stato giuridico per mezzo della giustizia è l'attributo di quella; riparare un danno materiale privato è affare della seconda.

## § XXIV. — *L'azione penale, non dipendente da querela, una volta formalmente intentata, è irretrattabile.*

(Mangin, *Compendio* n. 18 e 20).

96. È una di quelle proposizioni evidenti che non hanno bisogno di esser dimostrate. Rinunziare all'azione penale una volta introdotta; transigere l'azione penale, cioè il delitto, chi lo potrebbe? Tutti diciamo ad una voce: nessuno. Non certamente i giudici. E perchè meglio dei giudici lo potrebbe il pubblico Ministero? Organi gli uni e gli altri del diritto, esecutori delle leggi, non possono disporre a loro talento nè delle leggi nè del diritto.

Sulla rinunzia e sulla transazione diretta, non è dubbio. Così il pubblico Ministero non potrà rinunciare anticipatamente all'appello o al ricorso. Ma si danno dei fatti negativi, o anche dei positivi indiretti, che possono produrre un effetto simile. C'è il beneficio dell'appello, ma non si appella; c'è il beneficio del ricorso, ma non si ricorre. Più comune di tutto questo è quel vero recesso che fa il pubblico Ministero dall'azione intentata concludendo in corso di procedura, o alla udienza, a favore dell'accusato.

Facilmente concordi nell'apprezzare il valore giuridico di codesti fatti, ci dividiamo sul terreno scientifico, ossia in ordine alle cause del nostro pur concorde giudizio. Conveniamo che il pubblico Ministero non ha obbligo di appellare o di ricorrere se sia convinto della inutilità e ingiustizia di questi mezzi; conveniamo che non solo ha facoltà ma dovere preciso di perorare l'assoluzione dell'accusato se tale sia il giudizio della sua coscienza.

97. Veramente sono fatti d'indole diversa. I primi emanano dalla volontà; gli altri sono il risultato degli eventi e nascono dalla forza

delle cose. Si rinuncia a ciò che è nostro: la transazione è una rinunzia parziale di ciò che è nostro a condizione che sia accertata per nostra la proprietà che ci rimane. La rinuncia come la transazione è il concetto della proprietà e della libertà. Invece gli eventi del processo si subiscono, non provengono dalla nostra volontà, e sono inevitabili. Resta tuttavia a spiegare come il pubblico Ministero presti ad eventi contrarii all'accusa la sua adesione spontanea, non solo, ma com'egli stesso conduca le cose in modo da produrre siffatti eventi.

I miei principii me ne danno la spiegazione più chiara: la teoria francese non soddisfa la mia ragione (a).

(a) Ammessa la transazione in fatto di delitto privato non producente infamia, il diritto romano considerava due forme di transazione in ordine ai delitti pubblici: in quanto avessero per soggetto delitti pubblici non capitali, o delitti capitali. Rapporto *ai primi* era vietato all'accusatore di transigere, dal falso in fuori, pigliando quel *citra* falsi *accusationem* della L. 18, *Cod. de transact.*, nel senso ricevuto da Voet di *praeter*, *eccettuato*, *tolto* in nostro vocabolo e non in altro senso. D'altra parte quella spiegazione è appoggiata in un altro testo anche più chiaro, che è la *L.* 7, *ad L. Corn. de fals.*, ove sono le seguenti parole: « Facta igitur transactione difficile est, ut is qui provinciam regit, *velut falsum* cui semel acquievisti, tibi accusari permittat ». Che debba intendersi per questo testo transatta la materia criminale del falso, e non semplicemente la civile, è perspicuo da ciò che la transazione sulla materia civile, non impedisce l'accusa criminale di falso. *L.* 16, *Cod. ad L. Corn. de fals. L. unic. Cod. quando civilis actio.* Che se la transazione sul falso impedisce *l'accusatio*, ne segue che la materia transatta è lo stesso falso criminale. Questa lezione è illustrata e resa certa dalle basiliche, lib. II, L. 2, L. 35. O sia che, minacciata essendo ai servi la pena di morte pel crimine del falso, si esitasse nella difficoltà ed incertezza di stabilire a rigore lo stato dell'uomo, e quindi si fosse più propensi a permettere la transazione; o meglio, per essersi noverato questo reato fra quelli che possono portare la pena di morte eziandio ai liberi, nel concorso di circostanze gravi, *si id exigat magnitudo commissi* Legge di Costantino dell'anno 354, 22, *Cod. ad L. Corn. de falsis.*

Infatti la composizione, generalmente parlando, *o transactio* si concedeva pei reati capitali. *Ignoscendum esse ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.* (V. *L.* 18, *Cod. de trans. D.* e. *L. ult. D. de praevaricat*). Era nominatamente eccettuato l'adulterio. Ne avvertiremo la ragione col Voet a costo di fare una nota troppo lunga; ma ci vantaggia nell'esame dell'indole di quella grande legislazione, onde trarne anche al processo utili riscontri.

Essendo per siffatti reati assai ristretto il diritto dell'accusa (*L.* 30, *Cod. ad L. Jul. de adult.*), cioè ristretto a poche persone della parentela e facile altresì il colludere delle parti, la eccezione doveva impedire che l'adulterio non andasse

98. I Francesi per dar conto di quel fenomeno di persecuzione e di difesa, di ostilità e d'accordo, d'inimicizia e d'alleanza, a danno di un accusato e a favore di un accusato che è nel pubblico Ministero, sono costretti di segnalare in lui due rappresentanze, e si direbbe due figure, o l'incarnazione di due organi; *l'organo della società l'organo della legge*. Così l'Helie, *act. pub.* n. 783, con Merlin e con tutta la scuola francese. Questi due organi con poca armonia musicando si trovano a questo, che *l'organo della società*, dopo avere lungamente osteggiato l'accusato a precipitarlo in una condanna, viene poi nel momento decisivo combattuto *dall'organo della legge* che sente la necessità di favorire l'assoluzione (Helie, l. c.). Questo nuovo

impunito. Al divieto di transigere poneva suggello, e insieme porgeva la ragione, la suddetta legge, che colpiva i transigenti colla pena del lenocinio. (*L.* 14, *ad L. Jul. de adult.*). Non mi occorre provare il punto storico, ristretto essere il numero di coloro cui era permesso di portare l'accusa in questa materia; chè può vedersi in Voet, in Cujaccio, e negli altri interpreti non meno profondi che ne trattarono. Ma anche prima di Costantino, grando persecutore del delitto di adulterio, meno feroce per altro di Giustiniano che dava la frusta e tagliava i nasi. (*L. ult. Cod. ad L. Jul. de adulter.*), era da ritenersi inflitta la pena capitale all'adulterio, mentre Costantino secondo la migliore sentenza, non fu autore della pena ma ne rinfrescò l'esercizio.

Potevano quindi, sempre toltone l'adulterio, offensori ed offesi, attori e rei, dei reati capitali impunemente transigere. Forse era prescritto qualche termine? Prima della contestazione della lite? Prima che fosse l'accusa formalmente assunta? La legge non distingue: e la ragione della legge, tutta favorevole ad evitare il supplizio, vale in ogni caso, se pure nell'angustia della presente accusa non sia a reputarsi più forte il motivo, più incalzante la ragione. Si difende anche facilmente il non accusante, o l'accusatore che recede dal capo della concussione, non essendo tale transazione turpe mercato di un reato certo, ma remissione di reato incerto e dubbio: che non è vietato. (*L.* 1, § 3, *D. de calumniator.*).

Questi pochi tratti della storia del diritto penale dei nostri padri, mostra all'evidenza che l'oggetto che si aveva in vista era il modulo della penalità, era il bisogno di moderare la penalità in una relazione coordinata con altre parti della legislazione anche di diritto pubblico, era un sistema di cautela e di convenienza, ora perchè un delitto non andasse impunito, ora perchè non si capitasse in una pena troppo elevata e fuori di proporzione; e si smarriva intanto la base naturale e propria della penalità, la essenza del delitto. Quanto si aberrasse lontano dal concetto del diritto penale, si ravvisa nella composizione permessa, a modo di *eccezione*, nei reati capitali presso a poco come si permette ai giurati di transigere in virtù *delle circostanze attenuanti*. Se non che questa transazione è involuta nell'apprezzamento di un fatto, e non sottrae il delinquente da una pena gravissima: mentre quella perdonava effettivamente una colpa degna della maggiore pena per paura di punirla troppo.

atteggiamento del pubblico Ministero, nel loro sistema, è chiamato *desistenza;* e può anche equivalere ad una transazione.

99. Per noi nel pubblico Ministero c'è un organo solo, un solo spirito, e un solo scopo. Non sì tosto egli entra nel campo giudiziario, deposta ogni veste amministrativa, è l'uomo della giustizia. Dalla legge ritrae la sua competenza organica, la sua autorità di magistrato; ma le sue ispirazioni, rappresentate dalle sue operazioni, dalla verità, dalla coscienza e da Dio. A lui appartiene un ramo della giustizia non l'intero albero, mi farò lecito questo modo di dire; esamina la giustizia del procedere, la giustizia dell'incalzare la procedura, la giustizia dell'accusa, la giustizia insomma in una delle sue forme sempre però in quanto si coordina colla giustizia totale che l'imputato deve conseguire; non sente altre impulsioni, non serve ad altri mandati, non divide interessi o passioni siano pure quelle del mondo intero. Gode di una perfetta impersonalità. Nel pubblico Ministero non vi ha dualità nè quindi contraddizione o pugna con se medesimo. Quando nella pubblica udienza conchiude a favore dell'accusato, *non fa atto di desistenza* ma atto *di logica* (e si sa che la logica non *desiste* e non abdica mai); ma giudica la propria analisi, ossia conduce dalla propria analisi i corollari che ne conseguono necessariamente in ordine alla ragione e al diritto da lui avuti costantemente in mira. Ecco anche una volta, il pubblico Ministero. Ricercare se possa transigere, è quanto il ricercare se il giudice possa transigere.

Quella che abbiamo voluto chiamare *perfetta impersonalità* del pubblico Ministero porta un'altra conseguenza. Che uno dei suoi funzionarii non è legato dalle opinioni di un altro: il pubblico Ministero si considera come un ente morale che da qualunque punto si dirige verso la verità e la ragione. Non è sempre la linea retta che mena a questa santa meta, talvolta bisogna prendere una curva; è nella natura della mentalità umana di non potere raggiungere il vero tutto ad un tratto: non importa: basta che per moltiplicati sforzi questo vero si raggiunga. Ond'è che se un funzionario del pubblico Ministero per sostenere una tesi appelli o ricorra, il funzionario che siede in quei gradi può sostenerne una diversa, e concludere a favore dell'accusato. Lo stesso funzionario non è impegnato dalle proprie enunciative o requisitorie ed è libero di propugnare in fine la sentenza che stima migliore. Sono le varie fasi del pensiero che, identico a se stesso, raccoglie il suo ultimo criterio nella sua ultima parola.

100. Ma, una volta intentata l'azione penale, come si spiega che i giudici la ritengono, e ne giudicano anche in senso contrario a quello espresso dal pubblico Ministero, senza dubitare della propria giurisdizione, malgrado la *desistenza* o *abbandono* che questi ne ha fatto concludendo per l'assoluzione dell'accusato?

Bisogna ricorrere al solito artificio. Il pubblico Ministero ha intentata l'azione nell'*interesse della società* dalla quale ha un mandato tacito. Adita a questo modo la giurisdizione, essa è investita del diritto di giudicare e non può più esserne spogliata nonostante la ritirata, che dovrebbe così chiamarsi, del pubblico Ministero, nonostante le sue domande contrarie all'intendimento con cui ha promosso il giudizio, e favorevoli a colui che ad istanza sua ha subito un processo. Il pubblico Ministero nella sua qualità *di mandatario della società* non può desistere, non può tornare indietro; e il *gius acquisito* alla giurisdizione rimane, e si indipendente, che il tribunale o la Corte può dare una sentenza contraria o diversa dalle conclusioni di quel magistrato. Pronunciando queste conclusioni, che qui dobbiamo sempre supporre, nel senso dell'assoluzione, non dovete più vedere in lui il mandatario della società; egli veste un altro carattere, diventa *l'organo della legge*, che oppugna e combatte *il mandatario della società;* e sembra potersi *de plano* conciliare codeste idee e che non vi sia contraddizione di sorta (*a*).

(*a*) Non sono più gli scrittori della materia, è la magistratura suprema (francese) che con tutta la gravità che le appartiene, insegna questa teoria, filosofica senza dubbio, in una specie che ritrae la posizione di diritto che veniamo esaminando: il che mi affranca dalla taccia di ripetizione, presentandosi una applicazione diversa, oltrechè non mi rincresce abbattere a colpi replicati questa strana quanto fortunata dottrina... « que les officiers du Ministère public ont seuls qualité pour intenter, *au nom de la société*, une action pénale contre le délinquent; mais qu'il ne suit pas de là que l'action pénale, une fois intentée, qu'une fois les tribunaux saisis légalement par là de cette action, il dépend de l'officier du Ministère public de la rendre illusoire par les conclusions qu'il croit devoir donner à décharge... Que si les prévenus lui paraissent innocents, ou s'il pense qu'aucune disposition du Code pénal ne leur est applicable, alors, *organe de la loi*, il propose en *cette qualité* le rejet de la demande qu'il a formée *comme agent de la société;* mais la demande qu'il a formée n'en subsiste pas moins; le tribunal qu'il en a constitué juge n'en demeure pas moins saisi, et c'est à la coscience des magistrats à le décider. *S'il n'était autrement*, après que le Ministère public aurait, à la suite *des débats*, donneé ses conclusions en faveur des prévenus, il *deviendrait impossible au tribunal de rendre même un jugement d'absolution*; *ces con-*

È il concetto della *desistenza* che trascina con sè questo ragionamento infelice; e la desistenza non è forse una rinuncia? Ebbene, bisogna provare che la è una rinuncia inutile; è, pare si voglia dire, una velleità della coscienza, ma infine la giurisdizione una volta conferita rimane intatta e piena: se così non fosse, *s'il n'était autrement*, la desistenza rapirebbe la giurisdizione: essa sta, perchè il pubblico Ministero può ben rinunciare quanto vuole al mandato della società, ma vi rinnncierà inutilmente.

La quale finzione mi rammenta un poco il contratto sociale ove, in senso inverso, l'individuo fece un mandato *tacito* alla società cedendo ad essa i suoi personali diritti per avere in cambio della sicurezza. L'asserzione è ugualmente gratuita e l'immaginazione non è minore. Sarebbe però necessario provare, nella ipotesi del mandato, che non vi sia in questo caso piuttosto esaurimento e termine che rinuncia del mandato, dato che il mandatario ha spesa ogni sua facoltà per adempirlo e non ha potuto riuscirvi, non per sua colpa, ma per la opposizione insuperabile delle cose; poichè se gli sono sfuggite di mano le prove, o non ha potuto raccoglierne abbastanza, o l'accusato ha dimostrata la sua innocenza, non può concepirsi come un mandato fornito allo scopo di ottenere la condanna di un colpevole, esista ancora quando si è scoperto un innocente in luogo di un colpevole. Si dirà che il pubblico Ministero non dev'essere giudice di questo stato di cose; ma non si capirà facilmente come c'entri il giudice in una questione di mandato, nè qual rapporto abbia la società col giudice per sindacare il di lei mandatario, salvo che il giudice stesso non sia un altro mandatario della società con facoltà superiore.

Come ad un tratto il mandatario della società offesa si trasformi nell'organo *de la loi*, deponga le sue viste interessate, la sua missione persecutrice, e assuma non solo una nuova posizione giuridica ma eziandio un nuovo dovere, uno stretto dovere, tale riconosciuto pure dalla dottrina francese, di abbandonare il suo mandato, di contraddire all'opera sua, e di appoggiare la innocenza di un accusato, restando sempre mandatario della società, la teorica sarebbe molto imbarazzata a spiegarlo.

*clusions emportant en effet* DÉSISTEMENT *de l'action publique, l'action publique serait éteinte de plein droit, il ne resterait plus rien à juger, les juges ne pourraient plus délibérer.* (*Arrêt* 14, *pluv. anno IX*, *Confer. Arrêt* 6, *Dec.* 1834, e 28 marzo 1835; SIREY, 30, 323, et 35, 1592; MANGIN, Op. n. 32).

**101.** Dal complesso teorema non escludo la società, il bene comune, la libertà generale, la priorità che compete a simili interessi, il dovere che ha lo Stato di proteggerli e difenderli dagli attentati del delitto. Anzi siffatti interessi hanno sì gran posto nel mio sistema, che io li tengo quale fondamento del diritto esteriore della penalità, (§ XI), tornando in onore, sino ad un certo punto, la scuola di Beccaria, di Romagnosi e di Giuliani contro quella del Rossi e degli spiritualisti. Ma la giustizia generale che ispira le leggi del Codice penale dà luogo ad una giustizia più concreta, alla giustizia particolare e privata, al giudizio; e un novello ordine di cose comincia dal momento che vi è un reato, un uomo, ed un rapporto da stabilire fra il fatto e l'individuo, il fatto dell'individuo e la legge. Bisogna scoprire la verità; e scoperta la verità bisogna applicare al fenomeno la ragione giuridica. A questo santo scopo tutte le magistrature concorrono con lavoro diviso, con separate e distinte funzioni; ma congiunte nell'intento, solidarie nella finalità. Il diverso e vario ordito del lavoro magistrale si porge quale una necessità del discorso giuridico, lo ripeto ancora: è perciò necessaria una magistratura che si occupi particolarmente dei fatti che si presentano in aggravio, e promuova quelle istanze che occorrono ad eccitare la giurisdizione e renderla attiva, ma per conferire in comune le sue cognizioni e i suoi lumi al bene della giustizia. La società non ha interesse nelle condanne in genere: ma nella condanna del colpevole e nell'assoluzione dell'innocente. Il pubblico Ministero non fa atto di desistenza concludendo a favore di lui; ma serve alla logica della giustizia che è la sua. La giurisdizione ha il suo potere nella legge; e n'è investita come ogni altra, sino al suo naturale esaurimento. Nulla tiene dalla società; non ha bisogno di riprovare l'abbandono che fa il pubblico Ministero del proprio mandato, per fingersi autorizzata a proferire una condanna in forza di un'azione spiegata e irretrattabile. Che se il pubblico Ministero non può rinunciare nè formalmente desistere, non è già perchè sia legato da un contratto verso un mandante sia questo il potere esecutivo o il consorzio sociale: ma perchè è legge imprescindibile di ogni magistrato giudiziale di non potere impedire o attraversare con atti della sua spontaneità il libero corso della giustizia (*a*).

(*a*) Il vastissimo frammento di Marciano *ad SC. Turpillian.*, che è la prima legge di quel titolo è insieme un insigne monumento storico; e mostra a quale distanza

## § XXV. — *Disponibilità dell'azione civile.*

102. Può intendersi in più modi: *a*) in quanto può non intentarsi l'azione civile; *b*) in quanto può transigere e rinunziarsi; *c*) in quanto può non eseguirsi o abbandonarsi per una causa qualunque il diritto di una sentenza già conseguita.

L'azione civile è proprietà nostra come ogni altra indennità dovuta al nostro patrimonio. Il danno, e non altro che il danno. Noi possiamo ben riguardarlo come una *pauperies*, un *damnum sine injuria;* e l'azione non cangerebbe natura. Se l'azione civile (*a*), non ha la via spedita come ogni altra azione patrimoniale, se trova dei veri ostacoli per proseguire incontrandosi coll'azione penale, se ne dipende persino nei suoi più sostanziali risultati, non è già perchè l'indole sua non sia la più comune ad ogni azione personale, ma per ragioni e cause che mostreremo a suo tempo. L'attitudine che ha l'azione civile di porgersi ausiliaria alla penale, è un fenomeno che appartiene piuttosto alla sua origine che al suo scopo, come pure si vedrà; e s'inspira ad una ragione d'interesse legittimo, ma come mera accidentalità, facoltà, o beneficio che voglia dirsi, e non senza pure una qualche ragione di giustizia; non si ha nulla però in tutto questo che rivesta l'azione civile di un carattere non essenzialmente civile (*b*) (V. § LVIII).

si trovi da quello l'istitnto nostro, e come si sia avuto torto di derivarne delle teorie analoghe.

(*a*) Così detta per causa di relazione, ossia per isceverarla dall'azione penale § XXIII).

(*b*) Il diritto romano non permetteva, e nemmanco è permesso dal nostro, di transigere il *delitto privato-futuro. De praeteritis* parlando, la transazione toglieva la pena pecuniaria, *L.* 54 § *ult.;* 56 § 4, *de furtis* non però la infamia, rispetto a quei delitti che la prodncevano, *L.* 4 § *ult.; LL.* 5, 6 § 3, *de his qui not. inf., ob laesionem publicam.* La infamia *juris* non era solo una pena morale, che invero non è in dominio di nessuna legge, ma una pena giuridica, importante privazione di diritti civili. Poteva per altro ottenersi questo effetto per autorità del gindice, *auctore praetore*, ovvero, *si gratuitam interposuisset pactionem. L.* 6, § 3, *de his qui not. inf. Pactus sit,* dice il testo, *accipimus, si cum pretio quantocumque pactus est: alioquin et qui precibus impetravit, ne secum ageretur, erit notatus, nec erit veniae ulla ratio:* QUOD EST INHUMANUM. Nuovo e importantissimo argomento a provare che LA LOGICA DEL DIRITTO PRIVATO, sotto forma di considerazioni di equità, nel sistema romano s'inframetteva sovente nell'ordine delle penalità che nelle idee moderne giustamente si annette al pubblico diritto.

## § XXVI. — *Limitazione del principio nel falso incidente.*

(MANGIN, *Compendio* n. 19).

103. La materia del falso potrebbe dirsi eccezionale, generando combinazioni affatto speciali nel concorso del diritto privato e del diritto pubblico, oltrechè è per lo più difficile a trovarsi la linea precisa che li divida.

*Il falso* è un concetto meramente negativo. È il non vero. Falso è tutto ciò che niega scientemente il vero: è una colpa della volontà a spese dell'intelletto conscio, e della coscienza naturalmente ripugnante. Le forme del falso sono innumerevoli; dapertutto dove c'è un vero da affermare, può penetrare il falso: in morale, in politica, nella scienza: ma più volentieri si adagia nel piato giudiziale pel maggiore interesse che vi ha. Ogni falsità è maliziosa: più o meno colpevole, soggettivamente. La legge la colpisce più o meno severamente, o anche non la colpisce di una sanzione penale: ed in quanto è legge, vale dire proibente un'azione futura, il suo punto di vista è oggettivo: prescinde dal grado di malizia che vi si reca, il che appartiene al calcolo della entità penale (*a*).

Il falso giudiziario, propriamente tale, è una delle più terribili specie del falso; esso tende ad avvelenare le fonti della giustizia: a surrogare colla menzogna il *certum judiciale* che è la base di tutte le verità giudicate.

Vi è un falso morale che serpeggia troppo spesso nei giudizii e che la legge non può afferrare. È la menzogna dell'arte: si chiama anche difesa; non merita per altro il nome di falso morale, e lecito è quando si trinciera nel diritto della prova: negare il non provato perchè non è provato. Il diritto civile non si occupa che del falso *trasformatore* che non solo nega ma inventa, non solo respinge ma crea (*b*). Intellettuale nei giuramenti falsi e nella calunnia: materiale, nei documenti, nei mezzi estrinseci della certezza.

(*a*) Conferma di ciò che abbiamo detto altra volta. La legge penale è *oggettiva*: sceglie e marca l'azione che divieta: per lo scopo, per un fine politico: non già di giustizia assoluta.

(*b*) Ho detto avvertitamente *diritto civile* in luogo di diritto penale: il diritto ci-

104. Un capo della proc. civ. (sez. delle prove § 7), s'intitola *della falsità dei documenti*. Chi pretende sostenere la falsità, può dare una *querela*, una querela civile. Il falso che si perseguita in via civile, e finchè si perseguita in via civile, è di natura invariabilmente *oggettiva*. Si prescinde affatto dalla persona del falsificatore; non si ha in vista che l'atto, il documento. Non è una questione ideale di diritto, come nel giudizio penale: è una questione d'interesse. La verità che s'intende proteggere contro una falsità, è la verità che è in disputa, una verità economica. Sino a questo momento la legge penale non ravvisò un pericolo dello stato giuridico. Permette al documento che si pretende falso di sfuggire al sindacato, alla censura, se il producente, interpellato, vorrà non farne uso (art. 300, proc. civ.). Più tardi, quando il documento ha subito le sue prove, può sollevarsi l'azione penale. Da due punti diversi può partire l'impulso: dallo stesso magistrato civile (art. 308); dalla parte che si ritiene lesa (art. 317). Ma rispetto al primo è necessario che il reato sia già entrato in una fase di soggettività, che non sia più un reato di falso in genere, e già comincino a disegnarsi visibilmente le persone degli autori. O, in altra maniera; è necessario che il fatto materiale da cui risulta la falsità del documento (che basta ad espellerlo dal processo civile ed averlo come non esistente all'effetto della prova) già comparisca un vero reato, specifico, e intenzionale. È allora che, se l'azione non è prescritta, e se gli autori o complici sono ancora viventi, il tribunale ordina il procedimento penale, e può rilasciare il mandato d'arresto.

105. In siffatto intrecciarsi dell'azione privata e dell'azione pubblica, del pubblico e del privato delitto, si può domandare se possa quella transigersi; e l'articolo 316, ci dà una risposta indiretta. « Le transazioni nei giudizii di falso in via civile non possono eseguirsi se non siano omologate in giudizio, sentito il Ministero pubblico ».

106. La omologazione è condizione richiesta alla validità della transazione?

Qualcuno lo ha creduto per non avere bene inteso lo spirito dell'articolo (*a*). Questa opinione non dovrebbe più sperare di tenere il

vile contiene le nozioni del vivere giuridico: il diritto penale è un *gius* non primitivo ma aggiunto, ed è la protezione armata della legge civile fondata essenzialmente nella moralità.

(*a*) Che in vero poteva essere più chiaro. C'è da maravigliare che siasi ripro-

campo contro la contraria la quale ritiene che la omologazione non concerne, che l'interesse pubblico, e non cade che sulla esecuzione. Per conseguenza la transazione è valida fra le parti, e fissa immutabilmente i rapporti del loro privato interesse.

107. Se il *veto* colpisce la *esecuzione*, sarà dunque riserbata al volere delle parti la convenzione stessa nella sua sostanza. Ma può concepirsi una convenzione valida incapace di esecuzione? certamente; se si concepisce non già totalmente di priva esecuzione ma solo in *qualche parte* e *per alcuni limitati effetti*. Questo non dice chiaro l'articolo, ed è il suo difetto, ma si fa intendere dalla ragione e dallo scopo.

Una legge non può cancellare ad un tratto, senza dirlo, le regole fondamentali del giure: si dee credere piuttosto vi abbia portata una qualche limitazione, che si tratti di un *gius singulare*, di qualcosa di eccezionale indotto da una speciale condizione giuridica. La proprietà è libera, e la legge non può ferire impunemente questa libertà fondamentale. È soltanto in un interesse superiore ch'essa trova il suo limite. La improvvisa apparizione di un reato in mezzo ad una questione civile, lascia comprendere l'attitudine che la legge assume, costretta a bilanciarsi fra due principii ugualmente rispettabili.

Limitando il meno possibile la libertà della proprietà, preservare al diritto la sua, ecco l'assunto dell'art. 316. È un'applicazione pura e semplice della teoria della penalità, in una combinazione *sui generis*, ma cogli stessi elementi e cogli stessi motivi. Per ora ci basti il dire: che la superiorità dell'azione penale sopra ogni e qualunque azione civile (*a*), generalmente statuita, rappresenta quella del *diritto* sopra *gl'interessi*. È un'applicazione di questa medesima teoria, mentre l'interesse che si agita nella più bassa sfera di un giudizio civile è costretto a tacersi a fronte del diritto: il quale se voglia osservarsi nel rispetto del bene, ossia di ciò che più giova, può chiamarsi

dotto anche una volta, senza qualche espressione atta a chiarirlo, dopo le quistioni, non bene sciolte che ha suscitate.

(*a*) *L'azione civile* è un vocabolo divenuto tecnico, un vocabolo dell'arte, esprimendo, come ho detto non a guari, l'antitesi, l'opposto logico, o il principio di relazione *coll'azione penale*. In siffatto convenzionalismo ho dovuto denotare con una locuzione d'universalità tutte le altre azioni patrimoniali: per quella cura che io pongo nelle forme del dire: altri dirà se io riesca a parlar propriamente.

senza improprietà, come dissi più sopra, *un interesse d'ordine superiore.*

108. L'ostacolo sollevato dalla legge contro l'eseguimento di una convenzione che ha in mira di sopprimere il giudizio, è la garanzia della libertà dell'azione penale. Peraltro finchè si sta su questo campo, lo stesso pubblico Ministero manca d'iniziativa; non può levare a dir così, il volo. La legge cauta, non permettendo alle parti che s'inoltrarono troppo sul terreno della penalità di ritirarsi a loro agio, non ha neppure determinato con una regola *a priori* il passaggio dal giudizio civile al criminale; non ha dato al pubblico Ministero la facoltà di effettuare quel passaggio. L'omologazione è attributo del tribunale; della autorità naturale, vale dire di quella giurisdizione che fu adita, che è in possesso della causa, e che sta sul confine a chiudere od aprire la via al giudizio penale. Una parte importante rimane tuttavia al pubblico Ministero: tanto più importante in quanto è a lui specialmente raccomandata la tutela dello stato giuridico se dai tenebrosi conati del falso risulti minacciato.

109. Ma quando comincia ad essere vincolata la volontà delle parti? Il nostro autore (MANGIN, *De l'action pub.* § 30), avverte che dal punto in cui è effettuato *il deposito dei documenti, che le carte di confronto vennero esibite*, l'omologazione diventa necessaria. Il Pigeau ha detto presso a poco lo stesso; ma si è spinto tropp'oltre, come ha bene osservato il Mangin, portando nel tema qualche confusione ove disse: il pubblico Ministero può domandare il proseguimento del processo civile (*a*) per vedere se mai ne uscissero indizii sufficienti ad istaurare un giudizio criminale.

Bisognerebbe potere fissare quel momento della procedura nel quale si appalesa la necessità della omologazione poichè ci dev'essere uno stadio di libertà per le parti, anche promosso l'incidente della querela. Oppure, se l'omologazione sia necessaria allora soltanto che esistano già dei materiali prodotti sui quali possa il pubblico Ministero portare le proprie osservazioni.

110. La querela è ammessa dal tribunale (articolo 305). Prima di quel tempo la querela non è un rapporto giuridico, un vincolo obbligatorio per ambe le parti, insomma una vera querela: è una

(*a*) « La continuation de la poursuivite » e deve intendersi del *processo civile*, poichè suppone non ancora aperto, ma da aprirsi in ipotesi, il giudizio criminale.

semplice pretesa. Dalla quale osservazione alcuno potrebbe facilmente concludere che, stando così le cose in via di semplice proposta, e mancando alla querela il suo complemento, le parti devono potersi sciogliere d'impegno e acconciarsi fra loro: tuttavia il dubbio non è risoluto. Poichè il dubbio è sempre quello che or ora accennai: se teoricamente possa stabilirsi in questo processo incidentale un punto prima del quale la questione può definirsi all'amichevole senza intervento del pubblico Ministero, e senza sanzione omologatoria; o invece se l'intervento del pubblico Ministero sia giustificato ognorachè si esibirono dei materiali probabilmente atti a fondare un giudizio penale.

111. È da riflettere che la produzione dei documenti precede di tutta necessità la sentenza del tribunale. Quei documenti esistevano nel processo, e appunto per questo furono attaccati di falso. Si comprende che sino alla proposta della querela, il pubblico Ministero non avrebbe dovuto nè potuto occuparsene nella presunzione che in quelle carte si nascondesse un delitto. Si aggiunge ch'esso era, come magistrato penale, affatto estraneo a quel giudizio. Ma era già stato avvertito, aveva già cominciato ad assumere delle funzioni, nel primo processo verificativo dello stato del documento, deposto in originale, nella segreteria (art. 302). Il pubblico Ministero aveva assistito agli atti della verificazione, firmato il processo verbale (art. 304). Noi possiamo supporre che in questo stato la procedura sia stata abbandonata dalle parti che hanno composti i loro affari: vi erano delle cambiali false, una scrittura alterata nelle cifre; vi era insomma da sgomentarsi; non si badò a sacrificio; si pagò; la querela fu ritirata. Poteva non essere ammessa; non si sa neppure cosa avrebbero potuto portare le operazioni peritiche non per anco incominciate. Le parti domandano alla segreteria la restituzione dei titoli incriminati, in forza della transazione. Sarà loro concesso?

112. Non sarà concesso, io credo, nè gratuitamente cioè senza motivo espresso, nè *ex causa* cioè in forza di transazione avvenuta fra i litiganti. La prima osservazione ci rende avvertiti che l'impegno che si corre verso la giustizia penale non emana dalla transazione, ma dall'avere somministrati alla giustizia penale ragionevoli sospetti sulla esistenza di un reato, di un pessimo reato: di quel reato che minaccia più davvicino il diritto, usurpando le note della sua esterna apparenza, e deve colpirsi ovunque si trova. Non è più lecito pentirsi dal punto, è questo il mio avviso, nel quale il documento è

confutato dal processo verbale secondo l'art. 304. È quanto dire che sino a quel punto deve potersi transigere e ritirare le carte. Il pubblico Ministero non può avere qualità per far opposizione se non dal suo legittimo intervento che avviene per effetto della operazione ordinata dal suddetto articolo.

Tutto infine deve ridursi a questo, che i materiali prodotti a provare il falso, siano o non siano sufficienti a provarlo, devono permanere vincolati all'esame ed alle istanze del pubblico Ministero, e al giudizio del tribunale. La semplicità di questa considerazione, che comprende in fine tutto l'oggetto dell'art. 316, fa cessare ogni dubbiezza intorno al quesito principale, se la transazione sia valida in se stessa prima della omologazione. Perchè non lo sarebbe? S'intende che quando manca propriamente e totalmente alla convenzione lo scopo per cui è fatta, la sua forza è annichilata dalla impotenza dell'effetto: ma non può dirsi propriamente nulla perchè attesa la natura sua è capace di produrre quell'effetto, o un effetto qualunque, sebbene per cause che le fanno ostacolo, ma che sono fuori di lei, non ne produca alcuno. Dai sagrificii fatti per ritirare il minaccioso documento, può arguirsi che a quello scopo si fosse principalmente mirato; ma la convenzione avrà altre parti che si potranno eseguire: vi sarà un debito da estinguere, delle responsabilità da toglier via. Infine chi cede il documento che gli appartiene; chi vi riveste di ogni facoltà per ritirarlo e non pone ostacolo all'effetto, ha fatto quanto doveva; a voi era nota la difficoltà che vi avrebbe opposta la legge.

**113.** Di questa guisa è ristretto e limitato il diritto della giustizia penale sulla convenzione. Anzi non è la convenzione che cade sotto il suo esame. Poco importa alla giustizia se un modo più che un altro, un prezzo più che un altro, sia stato pattuito; e più o meno si estenda la convenzione. Ecco perchè l'art. 316 non parla che della sua *eseguibilità*. E non può intendersi di altra eseguibilità che di quella che interessa la giustizia penale (a).

(a) Rammentiamo la disposizione dell'art. 1766, del Codice civile trasportata dall'art. 2046 del Codice napol. « Si può far transazione sopra un'*azione civile* che provenga da un reato. La transazione non è di ostacolo al procedimento per parte del pubblico Ministero ». Il testo del Cod. nap. per il regno d'Italia, dice *sopra un diritto civile*. La nostra legge si è posta così in una relazione di linguaggio

114. Un'altra indagine deve farsi.

Il pubblico Ministero ha fatto dei rilievi importanti, ha persuaso il tribunale a negare l'omologazione. Che ne succede? Che avviene di poi? Silenzio nella legge: silenzio, parmi, negli scrittori francesi, che hanno trattata più o meno superficialmente questa materia.

Il quesito non è senza importanza. Continua forse il giudizio di falso incidentale? Questo è ciò che sembra avere detto il Pigeau; come si è avuto occasione di ricordare più sopra, ha detto male, potete convincervene con un solo riflesso. Se mancano le parti, come proseguirà il giudizio civile? E se la transazione è valida (non discordante il Pigeau) come potrebbero, dopo la transazione, continuare la lite?

Quando il tribunale nega la omologazione, rimane libera in mano al pubblico Ministero l'azione penale: ecco la conseguenza. Il giudizio civile è finito; non vi è più incidente, ma comincia il giudizio di falso principale: il giudizio penale.

## § XXVII. — *Cessibilità dell'azione civile. Effetti giudiziali.*

(Mangin, *Compendio* n. 69) (*a*).

115. La transazione, fin qui esaminata, non è che una forma della cessione; e non produce tutti gli effetti della cessione. Chi transige *l'azione civile* del reato rinuncia senza dubbio e abbandona la facoltà di farla valere: ma non cede sempre la facoltà di farla valere. Creditore, io transigo con colui che osò opporre alla legittimità del mio credito una carta alterata e falsa: è una transazione che spegne l'azione. È questo l'effetto del pagamento del debito.

La transazione in quanto produce l'effetto estintivo, non poteva

colle disposizioni analoghe. Nell'art. 1, del Codice di proced. pen., si dice: « Ogni reato dà luogo ad un'azione penale. Può anche dar luogo ad un'*azione civile* pel risarcimento del danno recato ». Ad ogni modo non ha potuto intendere che *dei diritti nascenti dall'azione*, come osserverò nel seguente § XXVII.

(*a*) Benchè l'autore tratti questo argomento in altro luogo (V. n. 128, dell'opera del Mangin a cui corrisponde il n. 68, del nostro compendio) si è creduto di doverlo anticipare per la sua attinenza colle cose esposte.

offrire difficoltà, la quale sorge più presto dal diritto di cedere l'azione.

116. Il principio della libertà favorisce la disponibilità senza limiti. Vicino alla disponibilità senza limiti c'è l'abuso: e l'abuso è nimico di libertà perchè ne da troppa ad una parte e troppo poca all'altra.

I sistemi antichi erano più ombrosi perchè sul loro orizzonte appariva con minore chiarezza il principio di libertà; e perchè la libertà non aveva ancora preso nella legislazione il posto che le appartiene.

L'azione civile è una facoltà patrimoniale come un'altra: quindi in relazione alla sua natura nulla poteva opporsi alla cessibilità. Ma si temeva la frode e gli effetti perniciosi che la frode avrebbe prodotti. Vi era bene del pericolo, perchè facendosi ad arte una cessione ad un amico dell'accusato, questo amico avrebbe procurato di giovargli, rallentando le opposizioni, risparmiando le prove, ecc. Questo quasi non credibile obbietto esercitò le menti più saggie (*a*). Ma era forse tenuto l'offeso ad accusare e sostenere l'accusa? Che bisogno c'era di un intermediario per colludere con lui onde render meno grave la condizione dell'impufato? O forse non si suppone la collusione per parte sua (*praevaricatio*), e si suppone invece che la frode cominci dal cessionario; ad ogni modo si procede dalla falsa idea che la giustizia faccia un certo assegnamento sul concorso, tanto più attivo quanto più passionato, della parte civile: alleanza che esprime già troppo la teoria dell'interesse nella giustizia.

117. Ma la cessione, rispetto al giudizio criminale non è considerata: si può dire che non esiste per esso.

Il cessionario non deve comparire in giudizio. La qualità di parte civile è personale e intransitiva. Non può essere parte civile chi vuole, come non può chi vuole essere querelante onde segue a parlare esatto, non essere l'azione che si cede ma; *i diritti economici che ne derivano:* perciò disse meglio del nostro il Codice napoleonico indicando (ma io credo senza il merito dell'avvertenza) *il diritto dell'azione* anzichè l'azione stessa, come ebbi occasione di notare (*b*). L'azione resta inerente e *in ossibus* della parte lesa, benchè gli effetti

(*a*) Jousse, de Vouglans, Aynault, ecc.

(*b*) V. nota ultima del § XXVI.

utilitarii siano, come ogni altro, transitivi. Accennai i *diritti economici*, perchè se può darsi querela per titolo d'onore, o per onorare una memoria, ognun vede che non è materia capace di transazione. Dal che si comprende che vi è dall'azione o nell'azione qualche cosa che non si trasporta fuori di essa; e torna di nuovo la conseguenza che materia della cessione sono piuttosto i diritti che la stessa azione civile, e ciò che si dice della trasmissibilità dell'azione civile, dee ricerversi in questo senso.

### § XXVIII. — *Continuazione. Opinioni del Mangin e dell'Helie.*

**118.** Il Mangin non ha potuto liberarsi in tutto dai pregiudizii antichi. Ammette la disponibilità dei diritti dell'azione, si conforta contro i pericoli della giustizia nella possente organizzazione odierna, ma quanto agli effetti, rispetto al valore della indennità, ritiene non si debba oltrepassare *il prezzo della cessione*, mentre per contrario l'Helie reputa doversi, senza riguardo alla cessione, la indennità totale (a).

Moralmente la opinione del Mangin nasce dal permanente sospetto della frode; giuridicamente, non può fondarsi che nel principio *della litigiosità* dell'azione. È un ritorno alla legge *ab Anastasio*, è un'applicazione delle leggi del Codice civile sulla cessione dei crediti litigiosi (art. 1699, 1700 del Cod. nap., art. 1705 e 1706 del Codice albertino 1546, 1547 dell'odierno).

**119.** È facile confondere il diritto d'indennità proveniente dall'azione civile con un diritto litigioso. Nulla di più disputabile, di più vario ed incerto di un giudizio criminale dall'esito del quale l'azione civile dipende. Tuttavia sarebbe un errore il dire che *l'azione civile* è un diritto litigioso giusta il concetto del Codice Napoleone o del nostro che tolse da quello; o anche secondo la legge *ab Anastasio* dalla quale tolsero entrambi. Non vi è contestazione sul *merito della cosa:* sulla realtà, sul dominio del diritto. L'azione civile avrà o non avrà effetto: perirà coll'assoluzione dell'imputato, o seguirà, qual accesso-

(a) Vero è però che Mangin non fa della sua opinione un assioma. « Au surplus, je crois (egli dice), que comme dans l'ancien droit criminel, les dommages-intérêts que les juges peuvent accorder au cessionaire, *ne doivent jamais dépasser le prix de la cession...* » per non autorizzare le speculazioni sul delitto.

rio, la sua condanna. Per il quale carattere accessorio e conseguenziale la questione della indennità dovuta per causa di reato, è delle più semplici rispetto al diritto e delle più spedite rispetto alla procedura. La messe non sembra troppo ricca agli speculatori; nè presenta occasioni troppo favorevoli agl'immodici guadagni; nè può alimentare troppo lautamente gl'ingordi redentori delle liti.

120. Non escludo per altro in modo assoluto e perentorio, e senza restrizione alcuna, la teoria del litigioso da questa materia. Io ne faccio una questione di fatto. Quando l'azione penale è nel suo esercizio, e primeggia com'è suo diritto, e sospende l'azione civile, io non concepisco più il litigioso, e mi sfuggono i termini della sua applicazione. Imperocchè su qual cosa mai potrebbe trafficare *il redemptor litis*, e come la lite sarebbe in mano sua un mezzo di esosa vessazione, mentre il magistrato la governa; e ciò che resta a farsi dopo la sentenza di condanna è semplicemente, la liquidazione del danno? In quel rarissimo caso nel quale un grave delitto passa inosservato alla indagine del magistrato (forse perchè il fatto non si presentò coi caratteri proprii del delitto e la sua natura rimase equivoca) in quel rarissimo caso, io diceva (*a*), potrebbe aggrupparsi avanti il giudice civile una qualche questione spinosa, profondamente incerta sulla esistenza di un reato, causa di cospicua indennità. Io non posso sottrarre quel campo alle locuste e al profitto degli speculatori. Ma badate bene che il tema non è più quello. Non si tratta più della cessione dell'azione civile, la quale nel tema di Mangin è il diritto d'indennità che consegue dalla definizione giudiziale del reato; ed è una questione come un'altra, tutta e solamente civile.

121. Alla facile proposizione del celebre criminalista francese io dunque rispondo e dico, che la sua dottrina sul doversi al cessionario il prezzo soltanto da lui sborsato, non può essere ammessa per più ragioni: 1° Egli stesso dice poche linee avanti che il cessionario non apparisce e non si mostra nel processo criminale: come dunque si farebbe un giudizio sulla cessione? 2° Il giudice criminale che liquida il danno non potrebbe rendere un tale giudizio: ciò sarebbe fuori delle sue attribuzioni; 3° La quasi impossibilità che il vizio del litigioso possa introdursi in una querela e in un'indennità di questa spe-

(*a*) O in qualche caso simile, pure assai raro, in cui il reato non può più perseguirsi criminalmente, del che parleremo più avanti.

cie, toglie fondamento ad ogni teoria; 4° Soprattutto è male il fare una teoria proprio pel caso della cessione dell'azione civile, e stabilire che i danni-interessi *ne doivent jamais dépasser le prix de la cession :* e così condannare ogni cessione, ed ogni cessione improntare di frode. Più tollerabile se si fosse lasciato il caso nel dominio delle leggi generali del Codice, allorchè il fatto ne sopportasse l'applicazione (*a*).

**122.** Così pensa anche l'Helie (n. 811), ma non potrei accettare la ragione che adduce. Il prezzo della cessione non può essere misura della indennità, e va benissimo. Per me questa massima è fondata nel principio della libertà reale (*b*), potendo ognuno a proprio grado disporre delle cose sue. Il celebre scrittore parte da un altro punto: che la indennità per causa delittuosa è *una vera pena* (*c*).

**123.** A me sembra non bene compresa l'indole della pena. L'oggetto immediato e proprio della pena è di porsi come ostacolo alla infrazione di una legge o criminale o civile o contrattuale ; e di assicurarne l'adempimento sotto la sua sanzione. In materia civile quest'oggetto è palese. Chi guasta una costruzione stradale deve pagare una multa e rifare il danno. La multa è la pena che s'incorre anche per la semplice trasgressione senza effetto del danno (*d*). A ogni modo la pena e la rifusione del danno sono cose distinte. La pena si stipula e rappresenta una delle forme della contrattazione. Il Cod. civ. albertino è esatto nel determinarne la portata. *La clausula penale* è quella con cui una persona per assicurare l'adempimento di una convenzione si obbliga *a qualche cosa* nel caso d'inadempimento. Articolo 1316 (*e*). La pena è sempre qualche cosa *fuori del fatto*, o di

(*a*) Rauter divide la opinione del Mangin : contrario è Lesellyer perchè la cessione investe il cessionario di tutti i diritti.

(*b*) Libertà della proprietà.

(*c*) *Veritable peine.* Per lo più quando applichiamo questo predicato ad un soggetto di specie che non possiamo a meno di considerare diversa, non intendiamo di esprimere una propria identità ma una relazione che si approssima alla identità.

(*d*) Vinnio « Poenae adjectione hoc agitur ut magis incitetur debitor ad praestandum quod promisit; creditor vero liberetur difficultate probandi ejus quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur ».

(*e*) La clausula penale, dice Toullier (tom. VI, n. 804), tiene dell'indole dell'obbligazione condizionale : ma la prima ha questo di proprio che ha sempre dietro

commissione e di ommissione: più ancora, è qualche cosa *di diverso* dal fatto stesso. Chi stipula la rifusione del danno qualora l'altra parte faccia contro la convenzione o non faccia quello che la convenzione esige, non stipula una pena. Sarebbe deplorabile il confondere questi termini. La rifusione del danno è una obbligazione che deriva da un altro principio (art. 1151 del Codice civile): da un principio generale che non ha d'uopo di una determinazione specifica e anteriormente stabilita, il che è essenziale nella pena. La distinzione della pena e del danno s'incontra ad ogni passo nei Codici penali. Vero è che talvolta la pena convenzionale tien luogo dell'importare del danno; ed anzi se ne è fatta una regola (art. 1211 del Cod. civ.): ciò per altro non confonde l'una e l'altra cosa. La legge è partita da una presunzione, in tutto conforme alla equità, che la pena stipulata nella convenzione rappresenti, per volontà delle parti, l'importare del danno; ma quando la volontà sia chiara che la pena dovrà prestarsi oltre il danno, possono domandarsi le due cose: se per esempio *sia stata stipulata per il semplice ritardo* (detto articolo 1211). Ciò che si viene prescrivendo nei seguenti articoli sul modo di soddisfare la pena nelle obbligazioni divisibili o indivisibili, mostra quanto l'indole sua diversifichi da quella del danno, sempre personale, ed a cui quelle disposizioni non potrebbero applicarsi.

La teoria della pena propriamente detta, ha una più larga base, una più larga comprensiva, e una più estesa finalità. Ma colle altre pene di minor conto, la pena criminale ha un rapporto comune, rilevante, a così esprimermi, il tipo della famiglia: 1° È preventiva; 2° è la sanzione del divieto. Ecco a che si restringe la pena considerata nel cerchio della sua funzione. Il Codice penale potrebbe chiamarsi il Códice delle proibizioni; e in altro senso, apparentemente paradossastico, il Codice della libertà (*a*). Kant ha posto questo principio che io abbraccio con tutto il cuore. « Ogni azione la quale è

di sè una obbligazione in cui si fonda; è fuori dell'obbligazione ed un vincolo di più pel suo adempimento, onde nella clausola penale si contengono due promesse e due obbligazioni, mentre una è la obbligazione condizionale. (TROPLONG, *Tract. de transact.* n. 103). « La clause pénal est un moyen préventif, ou un préservatif.... et sous cet rapport elle méritait d'avoir accès dans la faveur du législateur ».

(*a*) Credo che nessuno abbia mai detto che il Codice penale è il Codice della libertà. Per altro chi si associa alla dottrina di Kant deve ben ritenerlo, e vi si arriva, dopo un non breve giro d'idee.

di maniera che permette alla libertà di ciascuno di accordarsi con quella di tutti, è conforme al diritto: e vale, è un'azione giusta. Al contrario ogni azione che non è conciliabile colla libertà generale, porta offesa al diritto: ossia: è ingiusta. Tal è la regola fondamentale del diritto ». (*Doctrine du droit*. Traduz. del BARNI). Il Codice penale ha in mira uno scopo, la pena minacciata è il mezzo: per impedire le azioni notabilmente ingiuste, contrapporre alla infrazione del divieto una sufficiente e proporzionata sanzione penale. Se la sua proibizione, la semplice proibizione, avesse tanta virtù da riformare la moralità pubblica, come ha il moralista che influisce sulle coscienze colla persuasione, la libertà generale sarebbe già ottenuta. Ma questa non è la parte del legislatore: egli deve proibire e punire perchè, senza disperare della moralità umana, la sua posizione è di doverne diffidare, e di prevenire il movimento delle passioni che non sentono freno. A che aspira il legislatore col proibire le azioni malvagie? Alla libertà generale, onde il delitto non la perturbi. Se questo è lo scopo, e se la minaccia della pena, è il mezzo per ottenerlo e fare che il delitto non si commetta, e se il mezzo si congiunge logicamente al fine, e non può avere indole diversa, adunque il Codice penale e col precetto e colla minaccia della pena, fa una stessa cosa: tende alla libertà generale.

124. Dico pertanto, se mi si perdona la digressione, che la pena ha sempre quei caratteri che la distinguono da ogni altra relazione giuridica, e che specialmente la distinguono dalla obbligazione del danno.

125. L'Helie ha detto che la indennità dovuta pel reato in forza dell'azione civile, è *una vera pena*, ponendo questo concetto a fronte della opinione di coloro che ritengono facoltizzato il giudice a limitare il danno al prezzo convenuto per la cessione.

La sua proposizione, per le cose dimostrate, non è giuridica. E valgano alcuni altri riflessi a vieppiù provare l'errore di quell'insigne uomo.

Che non possono concepirsi per un reato due pene, l'una certa, e l'altra fluttuante ed incerta. Quella del danno sarebbe variabile, e secondo il montare stesso del danno, quanto dire, *juxta realitatem:* e la pena non tiene questa norma.

Che il danno-pena non dipenderebbe dalla sua inflizione dalla legge, e il giudice non avrebbe il dovere di applicarla perchè non ne

avrebbe il potere in uno di questi due casi, o che l'azione civile si fosse instaurata separatamente dalla penale (*a*); o si fosse, in corso della causa penale, rinunciato alla querela e all'azione del danno.

Che varrebbe quanto dire che la emenda del danno talora è pena e talora non lo è, cosa assurda: sarebbe pena nel giudizio criminale, sarebbe oggetto economico e patrimoniale nel giudizio civile.

Che simile dottrina porterebbe all'assoluta conseguenza che l'azione civile del danno non è cessibile di alcuna maniera, il che è contrario ai principii professati dall'autore medesimo; giacchè ripugna che una pena criminale (*b*), possa mai essere, o per poco o per molto, o in tutto o in parte, oggetto di cessione.

Finalmente concesso che l'obbligo di rifare il danno sia da considerarsi come pena, non sarebbe pena determinata ma *di quantità incerta*. Sarebbe dunque in facoltà del giudice il determinarla; e perchè non potrebbe ridurla alla misura del prezzo della cessione, se a tale o tal altra diminuzione fosse indotto da ragioni che potessero dirsi ragioni di equità, di prudenza, di giustizia; perchè dovrebbe sempre infliggersi il *maximum*, giusta il criterio dell'illustre autore, fondato in ciò, che si tratta di una *veritable peine* (*c*).

Ora, ripresa la traccia, diremo terminando, che non può ammettersi la dóttrina del Maugin che crede doversi ridurre la indennità al prezzo della cessione, come non può ammettersi la ragione data dall'Helie in favore della sentenza contraria. La scienza non si contenta delle buone conclusioni come per lo più si contenta la pratica: vuole altresì conoscere le vere ragioni onde quelle si derivano, imperocchè se le conclusioni risolvono le specie disputate, il principio solo è fecondo; e una ragione cattiva applicata ad una conclusione buona, per caso, può autorizzare per forza di logica cento altre cattive, e portare la confusione nella scienza.

(*a*) Che è uno dei soggetti dei §§ seguenti.

(*b*) Intendo, *non civile, non convenzionale*. La pena civile e la convenzionale sono disponibili: la pena del reato non lo è mai.

(*c*) Anche la multa, pena pecuniaria, è suscettibile di diminuzione dal suo punto massimo. Questo non è dunque il vero criterio a stabilire che il giudice non può diminuire la indennità dovuta all'offeso. Il vero criterio sta in questo, che la rifusione del danno è un diritto che si applica al patrimonio dell'offeso: non una pena (criminale) che non ha con esso veruna relazione giuridica.

# CAPO III.

## Dell'esercizio dell'azione penale e dell'azione civile.

### § XXIX. — *Sostanzialità dell'azione del danno.* *Facoltà di adire la giurisdizione civile e la criminale.*

**126.** La discussione premessa ha una importanza scientifica maggiore di quella che si può credere, e che l'Helie non abbia sospettato. Il concetto della pena nella indennità civile è un regresso verso quel periodo della scienza nel quale l'elemento della penalità non era ancora chiaramente disegnato. Da lungo tempo si sentiva che la penalità comprende degl'interessi superiori che dovevano essere messi in sicuro sotto la tutela della legge. Vi è tanta verità in questa idea, e tanta efficacia nei suoi risultamenti, che non è da far maraviglia s'essa acquistò senza sforzo una preponderanza assorbente sugl'interessi civili, e li trasse nel proprio dominio. Nessuna ragione di esistenza propria ebbe l'azione civile e nella opinione degli scrittori e nei dettati legislativi (*a*) : l'azione civile venne ad incorporarsi, userò questa frase espressiva, nell'azione penale, e non rappresentò più che una delle sue conseguenze.

È della civiltà giuridica, come di ogni altra civiltà scientifica,

(*a*) Esempio, la costituzione piemontese del 1770. Non si poteva agire dalla parte offesa per la indennità se non in via criminale. (Pisanelli, *Comm. al Codice di proc. civ.*, vol. 1).

il separare i concetti lungamente confusi e il fare emergere nel grande albero della scienza nuovi rami e nuovi prodotti. Così si amplia il mondo delle idee, e siccome le idee sono la realtà (Hegel) una distinzione venuta a tempo, e giustamente appresa, equivale ad una scoperta.

**127.** Quelle che appelliamo azione penale e azione civile (dato qui all'azione civile il suo senso più esteso in ordine al diritto privato), appartengono a due elevati e distintissimi criteri che segnano due ordini di fatti umani aventi in comune la violazione del diritto, e, per differenza, la entità della violazione e la forza perturbatrice che esercita. La legge è riparatrice e restituisce il diritto violentemente spostato sopra la sua base. Ma con quanto diversi mezzi! E con quanto diversi risultati! Talvolta la restituzione è materiale, talvolta ideale. Chi s'impossessa contro ragione del podere altrui, è cacciato: e il podere ritorna al possessore legittimo. Chi non adempie la obbligazione è costretto, o a prestarla (in forma specifica), o alla emenda del danno che è riconosciuta come un surrogato reintegrativo. Ma vi sono dei fatti irreparabili: vi è la distruzione, e ciò che è distrutto non ritorna più sotto qualsiasi forma. L'uomo ucciso, l'onore rapito non hanno conguaglio nè rappresentazione possibile. È forse questa la linea di separazione fra le violazioni civili e le criminali? No: perchè allora tutti i danni recati alla proprietà si potrebbero rappresentare: il furto, il peculato, la truffa avrebbero il loro surrogato nel danaro. Adunque il principio direttivo non è questo.

Esso consiste nel grado di forza dell'azione colpevole, in quanto è potente di alterare lo stato giuridico. Il diritto è l'atmosfera entro cui vive, e per cui vive, la umanità aggregata in sociale consorzio; è la sua condizione d'esistenza. Società civile senza stato, senza religione, senza proprietà, senza fede, senza libertà personale, non può concepirsi. Se potesse concepirsi, si concepirebbe una società di assassini; e questo basta per dire che non potrebbe sussistere: divorerebbe se stessa. Chi attacca queste forze vitali attenta alla esistenza del corpo sociale; e ripetendo gli attacchi, lo distruggerebbe in effetto. L'offesa del reato è diffusiva, e si spande su tutte le attività coesistenti atteso il vincolo che le unisce in un tutto inseparabile: il reato rompe questo vincolo che, ferito in una parte, fa oscillare sino alle ultime fibre il corpo sociale. Osservata nei rapporti del diritto privato, la violazione non produce un effetto sì esteso; e trovando nel pronto soc-

corso della legge una riparazione competente, non lascia dietro sè nè traccie sì profonde nè tanto sgomento.

128. Mi accorgo di avere messo il piede in un campo senza termine, e lo ritraggo subito, quasi atterrito. Non posso nè dimostrare nè confutare: debbo passare oltre, e contentarmi di queste poche linee di un vasto concetto (a). Quantunque il danno patrimoniale sia uno degli elementi della funesta attività del reato, esso non è che il suo prodotto materiale che potrebbe ugualmente provenire da tutt'altra causa che non fosse reato; e non può confondersi col danno ideale, colla negazione del diritto, e colla ritorsione che il diritto opera sulla individualità colpevole mediante la pena. Onde il danno patrimoniale rimane da quello essenzialmente distinto: e per indole, oggetto sostanziale e indipendente, dovrebb'essere materia della giurisdizione civile.

E lo è difatti. L'azione civile appartiene ai danneggiati e loro eredi. L'azione civile si può esercitare innanzi allo stesso giudice e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione penale. Può esercitarsi anche separatamente avanti il giudice civile. (Art. 3° e 4° del Codice di procedura penale).

129. La legge di procedura non si regola soltanto colla severità dei principii: ha molte ragioni di convenienza e di opportunità che agevolano il cómpito della giustizia. Una di queste è *l'ozione* data alla parte danneggiata di eleggere la giurisdizione civile o la penale (b). Appoggiarsi al giudizio penale, quando il giudizio penale è di sua natura sospensivo del civile (pei motivi che diremo) è mettersi in una via facile e pronta, poichè il giudice penale, decretato il reato e la pena del colpevole, definisce il danno civile e ordina il paga-

(a) Carmignani confutando BENTHAM (*Teoria delle leggi*, ecc., tit. 1, cap. 14), colle numerose e vittoriose obbiezioni ha fatto piuttosto sentire la difficoltà che porgere la soluzione del problema scientifico. Del resto esso è molto più speculativo di quello che importi alla trattazione nostra. Per noi si vorrebbe di preferenza appuntare lo sguardo in quell'estremo lembo ove cominciano le sfumature, in cui vengono a confondersi i colori, e rappresentano i confini del civile e del penale e così toglier via le perplessità che vi s'incontrano: assunto più proprio alla qualità del nostro lavoro. Ma è già il terreno pratico, dominato dalla legislazione positiva, rispetto alla quale le ricerche troppo sottili non rendon sempre una utilità proporzionata al dispendio della mente.

(b) È noto che si può esercitare innanzi al giudizio penale l'azione del danno, senza costituirsi *parte civile*.

mento (a). Il ripiegarsi, a dir così, di due giurisdizioni sopra il medesimo soggetto, è un fenomeno giuridico che non accade fuorchè nell'incontro dell'azione penale colla civile, e che forma una combinazione *sui generis*. *L'ozione* però non toglie alla civile la sua sostanzialità, e la facoltà stessa data alla parte la suppone e la dimostra, potendo la facoltà decidersi per la giurisdizione civile ed evitare la penale.

130. Nella diversità dell'oggetto si mantiene la distinzione delle giurisdizioni ; il modo della ingerenza la conferma. Nel civile, l'oggetto è la esistenza del danno che deve accertarsi per l'effetto della sua riparazione ; la questione del reato, si presenta come il fatto e la causa del danno. In criminale, l'oggetto è il reato stesso, il fatto penale; del danno si tratta siccome di un conseguente che pel giudice penale è affatto fuor di questione (b). Accessorio per quest'ultimo e indisputato, pel giudice civile il danno è la materia oggettiva della sua cognizione, e tutta la importanza del giudizio (c).

131. Un'altra prova della sostanzialità dell'azione civile che le supera tutte, è la seguente. In più casi l'azione civile rimane sola padrona del campo, ed arbitra di tutto il soggetto. I casi sono: 1° Se l'azione penale non è intentata, benchè possa di poi intentarsi; 2° Se l'azione penale già intentata cessi per una di quelle cause che la estinguono senza estinguere l'azione civile, come la morte del reo, e la indulgenza del principe (d).

(a) V. il seguito della discussione.

(b) Questo è così vero, che se il giudice penale non è investito dell'azione civile pendente il giudizio penale, dopo giudicato, non potrebbe più esserlo.

(c) Coll'assorbimento dell'azione civile, la giurisdizione penale era esagerata: e qualcuno ha voluto vederci il tarlo politico. Oggidì sarebbe invece esagerare le previsioni del nostro sistema, attribuendogli in questo bilancio delle giurisdizioni altra ragione che quella del comodo e della opportunità. Mi pare che così la pensi anche il Pisanelli (*Commentario* sopracitato). L'illustre scrittore aggiunge un'altra ragione plausibile: che la facoltà della parte civile di valersi del giudizio penale, è pure una conseguenza della sospensione del giudizio civile.

(d) Di queste cause della estinzione dell'azione penale si parla nel capo X.

## § XXX. — *Continuazione. Attribuzioni del giudice civile.*

### I.

*Quando l'azione penale non è più possibile.*

**132.** La situazione giuridica messa in ipotesi coi due casi or ora accennati, ha due lati diversi. Il primo sotto il punto di vista teoretico è irto di difficoltà; rapporto all'altra parte procede più speditamente, quantunque contenga dei teoremi di giurisprudenza giudiziaria che non si avvertono a primo tratto.

Occupiamoci di questa, riservandoci di trattare dell'altro successivamente.

**133.** Noi qui adunque poniamo che il giudice civile sia il solo investito di giurisdizione per conoscere di un fatto che in origine avrebbe dovuto, secondo la natura sua, conoscersi dal giudice penale; o che fu in effetto portato alla cognizione del giudice penale ma che gli sfuggì perchè l'imputato mancò di vita pendente il processo, o perchè la indulgenza del principe abolì la procedura senza pregiudizio dell'azione civile.

Rimane sempre di una certa gravità il definire, come una cosa sì essenzialmente estranea al giudizio civile, quale è il reato, che possiamo ben supporre il più enorme possibile, possa diventare materia di cognizione del giudice il quale non possiede neppure la larghezza dei mezzi probatorii che sono costituiti al reato, e non presenta veruna di quelle imponenti guarentigie di cui la legge circonda la giustizia penale.

È certo che il giudice civile dovrà conoscere e giudicare della materia di un reato. Mentre pendeva il giudizio criminale, l'imputato di omicidio, l'imputato di furto, è morto. I figli, gli eredi della persona uccisa, i danneggiati dal furto, si producono avanti il giudice civile per reclamare il danno patito. Questi come potrà non dichiarare la esistenza dell'omicidio, o la esistenza del furto, se dovrà aggiudicarne le conseguenze e condannare gli eredi del malfattore alla emenda del danno?

Questa proposizione è indubitata, innegabile. L'omicidio, il furto, sono la causa produttrice del danno. Deve constatarsene la esistenza generica e la esistenza specifica. Non solo deve stabilirsi un omicidio,

un furto: ma eziandio dichiararsi che la persona morta ne fu l'autore. Il somigliante si dirà nel caso che la indulgenza del principe abbia abolita la procedura pendente, salve le azioni civili. Sembra pertanto che la giurisdizione criminale rientri nella civile con tutte le sue attribuzioni e con tutti i suoi grandi risultati. Vi sarebbe in tutto ciò qualche cosa che urti il principio generale della separazione delle giurisdizioni, o almeno tenda a confondere gli speciali attributi delle due giurisdizioni?

**134.** Per rispondere al primo quesito, è da vedersi se la separazione della giurisdizione sia istituita in forza di qualche principio assoluto, oppure derivi semplicemente dalla convenienza e comodità dei giudizii e da criterii relativi. In generale bisogna ritenere questo secondo postulato. Non vi è ripugnanza assoluta e necessaria nella giurisdizione unica. La storia ce ne ha lasciato degli esempii. Ci sono anzi alcune giurisdizioni la cui separazione si mostra palesemente motivata da ragioni d'ordine secondario. Tali sono quelle che dividono il così detto contenzioso-amministrativo o la giurisdizione commerciale dalla civile. Egli è perciò che si è avuta la idea di una giurisdizione universale, e questa dicesi essere la civile. Anzi l'abolizione di quelle giurisdizioni che per un momento chiamerò speciali (non essendo questo il luogo per trattare a fondo la teorica della giurisdizione universale) è uno dei problemi che ha occupato in questa epoca rinnovatrice il parlamento e le opinioni dei pubblicisti. Bisogna convenire però che la separazione della giurisdizione penale dalla civile è contraddistinta da proprie e particolari ragioni.

**135.** Una differenza che non può essere arbitraria ma dee procedere dalla natura essenziale delle cose, si è quella immensa dell'apparato giudiziario che divide le forme penali dalle civili e mette in evidenza quanto sia diverso l'oggetto, diversa la importanza: e in fine, non potrà negarsi che dalla importanza non si differenzii l'oggetto sostanzialmente. Come potrebbe sì gran male rientrare e adattarsi alla cerchia di operazione, relativamente piccola, del giudice civile? E se il giudizio criminale ha il grande intento di riabilitare la idealità del diritto, mentre fa giustizia ad un uomo incolpato, quanto non si discosta dall'indole e dai fini di un giudizio civile!

Per altro questo rientrare della giurisdizione penale nella civile, a certe condizioni, essendo un fatto non solo della nostra legislazione ma di tutte eziandio le legislazioni bene ordinate, siamo indotti a

considerare, che la legislazione procede per vie concrete, anzichè per astratte e per mera speculativa; e ci fa chiari che non si governa tanto dalle idee quanto dall'ordine dei fatti.

**136.** È il rispetto della personalità umana che ha consigliate quelle forme solenni, quelle infinite guarentigie. Esse contemplano l'uomo e la pena in un sistema congiuntivo. Quando la pena, in relazione alla essenza del reato diminuisce, si accorciano le guarentigie, finchè nelle contravvenzioni si riducono pressochè alle proporzioni di un giudizio civile.

Mancato il soggetto della penalità, la giurisdizione penale non ha più condizioni d'esistenza. L'oggetto divenuto veramente economico, qualunque sia la natura dei fatti di cui si deve premettere la investigazione, e qualunque sia la stima che dee farsene, ripiglia la sua funzione per un ritorno al tutto naturale.

**137.** Io continuo sempre a stare sulla ipotesi che il giudizio criminale non sia più possibile.

Il giudice civile si mantiene nella sfera a lui disegnata dalla legge e dalla natura del suo istituto, nella contemplazione del proprio oggetto che è di applicare quella massima di ragione civile: chiunque ha recato danno ad altri deve risarcirlo. — Esamina il fatto che vi ha dato causa, valuta le prove, le intenzioni. In qual modo? Egli non dispone che dei mezzi prescritti dalla procedura civile. Le prove raccolte, in un processo criminale qualunque, per lui non sono che materiali da verificarsi con esami di documenti, con interpellazioni testimoniali, con interrogatorii, con giuramenti. Esamina le intenzioni: ed è, come sempre, un giudizio della coscienza. Ma sino a qual tramite della moralità dovrà spingere le sue ricerche? È nelle profondità dell'azione colpevole, userò questa espressione, che il giudice civile dovrà gettare lo scandaglio non altrimenti che il giudice penale? Io non credo necessario di arrivare sin là; a questa ispezione anatomica del cuore umano, gli mancherebbero, a dir così, gli istrumenti opportuni; inoltre, perchè dovrebbe occuparsi di tutte le gradazioni del reato se non deve applicare la pena? Il fatto però deve comprenderlo intero; si tratta forse d'infamare una memoria, e senza abbracciare almeno la complessiva indole del fatto, la giustizia non potrebbe farsi. L'omicidio potrebb'essere stato commesso a necessaria difesa e allora nessuna responsabilità, nessun danno emendabile.

Chi tiene il contrario è costretto ad ammettere che il giudice civile non ha volontà in presenza di un'azione penale intentata prima della civile, e n'è privato se è proposta posteriormente.

Il mio sistema invece professa che il giudice civile rimane libero nella sua volontà, e non obbedisce che alla legge.

Ed io lo applico tanto ai casi nei quali nasce controversia sulla identità del soggetto, quanto sulla natura del medesimo.

139. È chiaro che la sospensione non potrà operare se il soggetto non è identico. Se si tratta di un'altra persona, se si tratta di un'altro fatto, incontro ostativo non potrà avvenire fra le due giurisdizioni, nè la causa criminale farà ostacolo alla civile. Il giudice civile, malgrado la più evidente diversità dei soggetti, non solo non potrebbe giudicare la causa civile portata alla sua cognizione, ma non potrebbe neppure permettere la discussione del giudizio non identico, quando venisse opposta la pendenza criminale. Egli dovrebbe rimettersene all'oracolo del giudice penale che gl'imporrebbe il *veto* o gli darebbe licenza di andare avanti (*a*). Ciò è assurdo.

Sino a questo punto la libertà della giurisdizione civile troverà pochi contraddittori. Si vedrà facilmente che l'art. 4° della procedura penale non può essere stato scritto per ispecie dissomiglianti, per casi diversi. Si stenta a credere che un giureconsulto potesse sostenere che alla franchigia della giurisdizione civile non deve bastare neppur l'evidenza.

140. Ma io propongo un caso più grave: il caso, per esempio, dell'art. 635 del Codice penale il quale stabilisce che « non ha luogo l'azione penale per le sottrazioni commesse dai mariti a danno delle mogli » dalle mogli a danno dei loro mariti, da un vedovo o da una vedova quanto alle cose che appartenevano al coniuge defunto, ecc. Propongo insomma un caso in cui non nasce questione sulla unicità del soggetto, ma sulla qualità medesima del fatto e sulle applicazioni

(*a*) Nicolini ha detto che non vi è identità, quando *la causa prossima* non è identica. Secondo questo grande penalista, non è *la cosa che si chiede*, ma la *causa petendi* che costituisce la identità di ragione. (Proced. penale, pag. 1018, tom. II). Questa è la formula usata dal Nicolini. Io tengo un'altra formula. Chiamo *soggetto* la causa del chiedere: chiamo *oggetto* il fine del chiedere. Il furto è il *soggetto*, la materia della controversia: in civile l'oggetto è economico: la restituzione delle cose rubate, l'emenda dei danni-interessi: in criminale *l'oggetto* è la pena. L'identità è costituita dal soggetto.

giuridiche. Io mantengo che il giudice civile è competente per giudicarne. E pongo come conseguenza di tale facoltà che potrà affermare la propria competenza specifica appunto per essere investito di una competenza generale (a).

Ogni giurisdizione ha facoltà di esaurire se stessa; è giurisdizione per questo. Esaurire la propria giurisdizione non è abusarne, non è commettere un eccesso di potere. Ma si dirà che la sospensione che gli è imposta, bene impedisce al giudice civile di esaurirla.

La sospensione è un limite della competenza, come ogni altro: e deve rispettarsi. Essa però dipende da condizioni che possono ridursi a tre: 1° Che esista la pendenza criminale; 2° Che il fatto sia quello stesso, cioè fatto unico; 3° che per quel fatto, possibile a qualificarsi reato, l'azione penale competa. Per l'esame e giudizio di tali condizioni sono competenti nella sfera rispettiva e il giudice penale e il giudice civile (b), salvo appello o ricorso.

A chi credesse questo potere eccessivo nel giudice civile, quasi tendente a limitare le facoltà del giudice penale che possiede la giurisdizione prevalente, si risponderà perchè non sarebbe del pari eccessivo attribuito al giudice penale che porrebbe a sua volta uguali limiti al giudice civile? Poi si domanderà perchè si darebbe tale potere al giudice penale sopra il civile invece di mantenerli in condizione uguale fra loro? Se prevale la giurisdizione penale, non è già perchè il giudice penale sia superiore al civile, ma la prevalenza è una disposizione della legge. La legge adunque regola i moti di entrambi, traccia la via ad entrambi: sono uguali in faccia alla legge (c).[1]

141. Forse altri dirà: così si confondono le giurisdizioni: io lo nego. Tutto quanto è giudizio di penalità deve appartenere al ma-

(a) Possono sollevarsi questioni di fatto e questioni di diritto. È moglie o non è moglie? Nel foro criminale si sostiene ch'essa è una concubina, e deve rispondere di furto. Il giudice civile è persuaso con prove ch'egli reputa sufficienti, che è una moglie delle buone, e ritiene la sottrazione un affare civile. Le cose sulle quali il vedovo o la vedova allungò la mano, erano o non erano proprietà del defunto? Ecco una questione di fatto.

(b) L'esempio che abbiamo dato di questa terza condizione nel disposto dell'articolo 635 del Codice penale, può generalizzarsi per qualunque caso che non competa l'azione penale. Il giudice civile pensa che in quel dato caso non competa perchè non è preveduto dal Codice penale e di questa guisa pronuncia.

(c) L'essere uguali rimpetto alla legge è semplicemente uguaglianza giuridica, che si riduce in frase semplice: la legge deve osservarsi per tutti.

gistrato penale. Non spetta al civile il dare sentenza che non è reato, che non compete azione penale. Per altro osservate che quanto direbbe, imperativamente, in questa materia il magistrato penale, rivolto alla giurisdizione civile, limiterebbe per suo decreto la giurisdizione civile. Il giudice penale sentenziando che l'azione è penale, escluderebbe che l'azione potesse civilmente esercitarsi sino a un certo punto: limiterebbe l'esercizio dell'azione civile.

**142.** Insomma ogni giurisdizione è libera di svolgersi nella propria periferia, e non è assurdo, ma legittimo e affermativo della stessa giurisdizione. È dall'autonomia delle giurisdizioni che sorgono i conflitti (*a*). Per il principio di contraddizione, uno dei due giudici deve aver torto, si è ingannato, ha detto male, ha forse abusato con minore o maggiore arbitrio una disposizione di legge. Ma in confronto del giudice penale, non si potrà dire in precedenza che colui che ha abusato è stato il giudice civile. Lo giudicherà una giurisdizione superiore. Ed è ciò che noi sosteniamo. L'intervento della giurisdizione superiore prova la indipendenza di quelle che, ricusandosi di conoscere una questione identica, o prendendone cognizione, eccitarono il conflitto.

**143.** Questo importante canone di ragione giudiziaria non è contraddetto, è anzi confermato dall'art. 30 dalla procedura penale.

« Quando nel corso di un giudizio civile insorga *ragionevole argomento* della esistenza di un reato d'azione pubblica, il giudice (civile, s'intende) dovrà informarne il pubblico Ministero, il quale promuoverà, ove occorra, l'azione pubblica a termini di leggi. La causa civile sarà sospesa, se la cognizione del reato influisce sulla decisione della medesima, salvo quanto viene stabilito da disposizioni speciali (*b*) ».

**144.** Questa legge anticipa la sospensione della causa civile ed è

(*a*) « Vi è conflitto di giurisdizione quando due o più Corti, tribunali, giudici istruttori, o giudici di mandamento prendono nello stesso tempo o ricusano di prendere cognizione della stessa causa ». Art. 714.

(*b*) Questa disposizione è abbastanza generale. È una succursale per tutti i casi. Ossia che una materia impressa sino a un certo grado dei caratteri di un reato si arrechi al giudice civile collo scopo di ottenere una rifusione di danno, tacendo ancora l'azione penale; ossia che dal mezzo di una discussione civile si elevi un grave sospetto di reato, il magistrato civile deve fare quello che si chiama *il suo rapporto* al pubblico Ministero. *All'art. 30, della cessata corrisponde l'articolo* 31, *della nuova procedura.*

un largo commento dell'art. 4°. Al grave sospetto che lo colpisce, il giudice si arresta e ne informa il pubblico Ministero. Egli si arresta in previdenza che l'azione penale potrà essere opportunamente istaurata; e per la persuasione in cui è venuto che l'esercizio dell'azione civile dovrà esservi subordinato.

La causa criminale potrà avere o non avere influenza sulla sua decisione. Si disputa forse di una eredità ordinata da un testamento; e assunti testimoniali danno fondamento a credere che il testatore sia stato ucciso. Questo fatto però non immuterebbe le condizioni giuridiche delle parti. L'omicidio potrà essere senza influenza nella causa della eredità.

La informazione o rapporto del giudice civile, che sembrerebbe aver carattere di atto amministrativo, è un vero apprezzamento giuridico. Denuncia il sospetto del reato, come uno dei tanti organi della polizia giudiziaria messi alla vedetta dei delitti che si manifestano in un dato punto del territorio, ma con cognizione di causa, senza di che mancherebbe al dovere della sua posizione di giudice. Perciò s'egli ritiene che reato non ci sia, non competendo nel suo avviso per un fatto tuttavia disputabile l'azione penale, non si farà gratuito promotore dell'azione penale mediante il pubblico Ministero. S'egli pensa che vi è una *sottrazione* e non un *furto*, non denuncierà un furto: sarebbe contraddirsi e proporre inciampi all'esercizio della giustizia.

Siamo rientrati anche pel veicolo di questa disposizione nel corso delle nostre idee. Il giudice civile serve all'impero della legge non a quello della giurisdizione penale. Anche la giurisdizione penale serve all'impero della legge in quei casi in cui, sospendendo la propria decisione, si rimette al magistrato civile (*a*). Una giurisdizione non serve all'altra. *La libertà nella legge:* ecco una formula più comprensiva di quello che comunemente si crede.

### III.

*Dopo la sentenza del giudice penale.*

**145.** La priorità della giurisdizione criminale sulla civile è semplicemente un principio di logica giudiziaria, come dirò in appresso.

(*a*) Art. 31 del Codice di procedura penale. — L'argomento sarà trattato in altro luogo.

Le decisioni di questa logica, in ordine alla questione dei danni-interessi, sono o non sono definitive. L'art. 6, contiene i risultati perentorii dell'azione civile. Gioverà rammentarli.

1° Se con sentenza irrevocabile l'imputato è stato assolto.

2° Se è stato dichiarato non esser luogo a procedimento perchè consta non essere avvenuto il fatto che fu l'oggetto della imputazione.

3° O che l'imputato non lo ha commesso e non vi ha avuta parte.

4° O che l'azione penale è prescritta, sia che la prescrizione si dichiari per sentenza di giudice, o per ordinanza di sezione d'accusa o d'istruttore colla formula, non farsi luogo a procedimento.

Faremo a questo articolo una glossa assai breve (*a*).

Colla prescrizione dell'azione penale sarà prescritta anche l'azione civile pel risarcimento dei danni, dice l'art. 149 del Codice penale. L'art. 6° del Codice di procedura penale, se n'è ricordato; ed il principio riceve la sua applicazione. Era ben necessario stabilirlo formalmente. L'azione civile avrebbe tentato di rifugiarsi sotto le regole del Codice civile ove si spazia in termini più larghi (*b*). Qui m'importa di notare una cosa sola. L'art. 6° contempla l'azione civile nei suoi rapporti coll'azione penale (*c*); e mostra che non può avere vita più lunga. La legge penale non considerò e non poteva considerare il caso in cui *l'actio damni* si svolge, indipendente, nella sfera di un giudizio civile. Sarà tuttavia soggetto alla prescrizione determinata dal Codice penale, o le sue norme saranno quelle che ai crediti e alle azioni assegna il Codice civile? Ci sia permesso di rispondere in altro luogo ove si dovranno trattare le teoriche relative (*d*).

(*a*) Per non anticipare la diffusa trattazione che sarà materia degli ultimi capi del libro.

(*b*) Per esempio. Per l'art. 2397, del Codice civile (albertino) « Tutte le azioni tanto reali che personali si prescrivono col decorso di trent'anni.

(*c*) Per questo è detto *civile* (V. § XXIX, e seg.), fuori di tali rapporti, dovrebbe chiamarsi altrimenti: *actio.*

(*d*) Ivi si tratterà pure delle mutazioni che fossero portate dalla nuova legislazione.

## § XXXI. — *Eletta la giurisdizione civile non si può far transito alla penale; e se dalla penale alla civile possa farsi.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 22).

### I.

### *Fondamento della prima regola.*

146. La *duplicità* della competenza non è la *dualità* della competenza: è lecito scegliere fra le due giurisdizioni (*a*), ciò costituisce la duplicità; ma lo abbandonare la eletta per prender l'altra, che implicherebbe la facoltà di ripetere il giuoco, sarebbe un mettere in opposizione e in contrasto le giurisdizioni medesime con una limitazione rispettiva: formerebbe una vera *dualità*, specie di dinamismo tutto a profitto della parte privata.

Questa è una delle teoriche fondamentali della giurisdizione. Quantunque il concorso della giurisdizione penale e della civile si porga sempre come una combinazione singolare dal diritto comune delle giurisdizioni, è un principio generale *che la scelta esaurisce la facoltà*. Così in materia civile o commerciale la legge offre talvolta più varchi alla competenza a favore dell'attore (*b*), ma non gli è concesso di pentirsi, e cambiare a sua volontà la strada una volta presa, perciocchè, ripeto, colla scelta la sua facoltà è esaurita, la giurisdizione è fissata. E fissata la giurisdizione, quella posposta si esautora e quindi non può più invocarsi. Questo teorema tiene alla ragione assoluta delle giurisdizioni; e sotto il punto di vista della libertà delle parti contendenti, l'arbitrio di una parte di variare giurisdizione rappresenta una restrizione immodica e ingiusta: il reo sarebbe balzato da una giurisdizione all'altra, e non saprebbe più qual campo di lotta gli fosse assegnato.

Il quale principio, applicandosi al *gius* speciale della duplicità della giurisdizione civile e penale, si consolida per altri riflessi.

147. La giurisdizione penale, scelta la civile, non si esautora come nei casi sopr'accennati (se non rispetto all'attore civile e

(*a*) Nei casi determinati dalla legge.
(*b*) Articolo 91 della vigente procedura civile.

per gli effetti civili), essendo due sostanzialità che stanno indipendenti, con fini obbiettivi, con mezzi e funzioni loro proprie. Quando l'attore in causa commerciale ha scelto per esempio il tribunale del luogo ove la merce dev'essere consegnata in vece del tribunale del luogo dove dee eseguirsi il pagamento, o quello del domicilio del convenuto, la giurisdizione di questi tribunali sparisce a tutti gli effetti. Per contro la giurisdizione penale ha una ragione di esistenza sua propria; e sotto questo aspetto potrebbe osservarsi che il variare del modo dell azione civile, non avendo sopra di essa veruna influenza, il motivo sul quale si appoggia il divieto di mutarsi da una giurisdizione all'altra, sarebbe men forte di quello che occorre negli affari puramente civili. Ma ponendovi attenzione, si scorge che la giurisdizione penale, se non nella sostanza, almeno nella modalità, e in quanto riguarda la forma del suo esercizio, sarebbe sottoposta alle comodità dell'attore civile, che ne trarrebbe un profitto inconveniente e per fini anche indiretti.

148. Ecco il triplice fondamento della regola: 1° il rispetto delle giurisdizioni, riposto in alte ragioni d'ordine pubblico; 2° l'esaurimento della facoltà che si consuma coll'averne fatto uso una volta; 3° il canone di libertà giudiziaria che guarentisce alle parti contendenti uguaglianza di posizione (a).

## II.

### *Se vi siano delle limitazioni di questa regola.*

(Mangin, *Compendio*, n. 23).

149. Se taluno ha promosso un giudizio civile, per affari civili, se gli viene opposto un documento che da lui si ritiene falso,

(a) Si è andato qua e là cercando se ci fosse pure un qualche principio sul quale stabilire una regola che nel foro era universalmente ricevuta. Ragioni *di umanità*, si disse, e la regola è stata messa sotto il presidio di una certa equità naturale, ripugnando che l'attore possa aggravarsi sopra il reo col peso di un odioso privilegio, quello di passare da una giurisdizione all'altra a detrimento di lui che non potrebbe fare altrettanto. Per altro si dimentica un argomento che suol essere in bocca degli scrittori francesi meno progressivi: che oggidì la parte privata non ha più influenza nei giudizii criminali, affidati al magistrato. Giusta osservazione, ma che rende molto debole il fondamento della summentovata regola.

egli può impugnarlo con querela civile ; o anche, se meglio gli convenga, provocare un giudizio *di falso principale:* facoltà che ha sempre, eziandio dopo avere intentata la querela civile. Tal è il disposto dell'art. 431, del nostro Codice di procedura civile, corrispondente al 250, del Codice francese (*a*).

Il Mangin vi ravvisa una limitazione.

150. Ponendosi nel punto di vista di partenza dell'attore, non si appalesa una limitazione. L'attore non aveva *ozione;* e se non era in grado di preferire la via criminale alla civile, non si può dire che muovendosi per la via civile, abbia voluto rinunciare alla criminale. Questa è una prima osservazione d'importanza (*b*).

Il momento della scelta, e quindi il momento in cui si potrebbe concepire una rinunzia, sarebbe quello in cui propone la querela civile in luogo di promuovere il falso principale ; e sembra quindi una vera limitazione alla regola, *una via electa,* ecc.

Ma un'altra varietà bisogna avvertire, ed è, che il querelante è portato, suo malgrado, a quella necessità di agire criminalmente onde sbarazzarsi dal falso o creduto falso documento che gli è contrapposto. Già non è propriamente l'alternativa di due diverse azioni che gli venga proposta, ma piuttosto sono due modi della stessa azione d'indole criminale. Il falso incidente civile ha più sbocchi, dirò così, verso il giudizio criminale. Vi si elabora una materia disposta a diventare incendiaria, permettetemi la parola, nelle mani della parte, del pubblico Ministero e del tribunale. Il *subbietto* insomma che vi si discute è crimiuale, benchè l'*oggetto* continui ad essere civile.

Adunque, in siffatta posizione sono a notarsi le seguenti cose :

1° Che l'attore al cominciamento del suo giudizio non ha l'ozione, la facoltà della scelta ; egli non può e non deve istaurare che un giudizio civile ;

2° Che la impugnazione del documento falso, è una necessità in cui l'attore è posto dal fatto illegittimo della parte contraria che lo produsse ; e, alle interpellazioni, persiste nella volontà di farne uso ;

(*a*) (Nel sommario a questo numero è corso un errore nella citazione dell'articolo). All'articolo 431, del Codice di procedura cessato corrisponde l'articolo 317 del presente.

(*b*) E così diversa la situazione da quella dell'art. 4° del Codice di procedura penale, che in questa medesima posizione va a trovarsi il convenuto, il quale certamente non ebbe iniziativa, neppure nel promuovere il giudizio civile.

3° Che la querela civile di falso benchè non sia l'apertura di un giudizio criminale propriamente, è *d'indole criminale*, *a*) perchè il soggetto materiale è un delitto, sebbene non si presenti ancora la questione della colpabilità specifica; *b*) perchè lo stesso falso civile è, se non causa, *occasione* del giudizio criminale che si potrà intentare non solo dalla parte danneggiata nel suo interesse, ma eziandio dall'ufficio del tribunale e del pubblico Ministero. Non è per conseguenza una limitazione: ma piuttosto una diversa combinazione giuridica.

151. Il falso è una vera specialità nella teoria del diritto giudiziario. Ne ho fatta avvertenza altrove (§ XXVI), esaminando, sotto altro aspetto, lo stesso articolo della procedura.

Si vuole usare la parola, *limitazione-eccezione?* Sia. Ma perchè sarebbe tale: perchè in reati anche più gravi, come la grassazione, il furto, l'omicidio, lo stupro violento, ecc. si manterrebbe la regola, e perchè del falso si farebbe una eccezione?

È questo veramente uno istituto *sui generis*, una specie di anormalità nell'ordine generale dei giudizii. La ragione della differenza sta in queste due proposizioni. — Che la questione del falso incidente civile *cade sul mezzo* non *sull'oggetto*. — Che la subalterna controversia sul falso, *è di una natura diversa da quella del giudizio principale dalla quale deriva*.

In ogni giudizio civile, l'attore che comprende perfettamente il proprio oggetto, lo scopo a cui tende, può trovarsi a fronte di eccezioni e di opposizioni, le quali però, quantunque siano talvolta negative della competenza speciale (*a*), non escono dalla sfera della competenza generale civile; e mantengono un carattere che, in qualunque modo varii la competenza, non eccedono i confini di una cognizione di diritto privato.

Più ancora. Le eccezioni possono aggirarsi, e continuamente si aggirano, intorno agli argomenti della dimostrazione, sulle prove, sulla interpretazione o negazione di documenti; e con esse si combatte l'oggetto e lo scopo che l'attore propose alle sue istanze, e comprende, ciò è ben chiaro, *i mezzi* eziandio della dimostrazione che sono appunto le prove. È in disputa la verità morale, la verità giuridica, la po-

(*a*) In un giudizio civile, cioè riferentesi a materie ordinate dal Codice civile, può opporsi una eccezione di carattere commerciale, e produrre la incompetenza del giudice civile: e viceversa. Così può essere eccepita la competenza del giudice amministrativo per trasportarsi la causa al giudice civile, ecc.

tenza dei fatti, e la loro rispondenza col vario fine dei contendenti: ma si crede di combattere a buona guerra, sul terreno *del certo legale*.

Ma questo terreno si sprofonda tutto ad un tratto, per così esprimermi, sotto i piedi dell'attore (a). *La verità materiale* è negata dalla produzione di un documento falso.

Ora interviene ciò che mai non interviene nelle altre disputazioni civili. Il falso è lo spavento della giustizia, imperocchè la conservazione del *certo giuridico* è alla giustizia garanzia di esistenza (b). La giustizia penale si risveglia « intende l'orecchio » al rumore di questo fatto che ora comincia a mostrarsi per quello che è, dopo essersi introdotto di furto e come un traditore, in una disputa giuridica.

Allora comincia quel misto; « ove il bruno comincia e il bianco muore » per cui il giudicio di natura civile tende a trasformarsi in criminale, e produce questa singolare combinazione giudiziaria (c).

Per altro non bisogna credere che tale *animadversio* e preoccupazione della giustizia penale sia propriamente e unicamente rivolta contro il falso, benchè il falso giudiziale, non bisogna dimenticarlo, inchiuda nella insidia di cui si ricopre, e nella sua tendenza sovversiva, il maggior pericolo della giustizia. La legge non sarebbe meno attiva nè meno sollecita se dal fondo di una causa civile si vedesse sorgere un altro grave delitto (d).

(a) E può dirsi ugualmente del convenuto a cui si oppone un documento falso.

(b) Non posso a meno di riferire a questo luogo un passaggio bellissimo di un'opera di cui è autore uno fra i più distinti penalisti del nostro tempo. « Uno dei mezzi indispensabili all'attuazione del diritto è l'accertamento di quei fatti su cui si fondano le attenenze giuridiche, così pubbliche come private; ed il vero, che per sua natura è fondamento del giusto, dev'essere avvalorato esteriormente di alcune note che lo rendano giuridicamente certo perchè il rapporto giuridico sia guarentito. Su ciò si fonda il sistema delle prove legali, la cui garanzia incombendo allo Stato come organo del diritto, piglia nome di *pubblica fede*. Epperò quando siffatte note generatrici del certo legale sono adoperate ad accompagnare l'opposto del vero, quando con ciò il non vero assume le sembianze giuridiche del vero, rivestendosi di quelle forme in cui si radica il certo legale, ed il vero rimane nella impossibilità di esercitare la sua efficacia giuridica, il diritto è violato perchè l'autorità de' suoi comandi sulla prova giudiziaria si converte in istrumento per la negazione de' suoi *rapporti veri*; il diritto insomma è rivolto contro lo stesso diritto. (PESSINA, *Trattato di penalità speciale secondo le leggi delle due Sicilie*, § 85) ».

(c) V. § XXXVI.

(d) Se per esempio dalla discussione relativa a diritti di proprietà, di succes-

Ma è bene da riflettere che allora la giustizia penale opererebbe in altro modo. Non verrebbe ad intromettersi nel giudizio civile per mezzo de' suoi agenti, ma lascierebbe ad esso il suo libero corso, potrebbe intanto promuoversi l'azione penale, e supposto che la questione penale avesse realmente una influenza positiva sulla civile, il giudice civile, sopra eccezione della parte, dovrebbe sospendere la causa.

Ma la vera specialità della situazione consiste in questo, che gli altri reati, anche più gravi, potranno bensì argomentarsi da circostanze emergenti dal processo civile, e prendere di poi una forma più caratteristica e distinta sotto l'azione di una inchiesta peculiare ed opportuna, ma non saranno mai, in nessun caso, incidenti di un giudizio civile; non saranno mai importazioni di una parte litigante, e non rappresenteranno il suo sistema di difesa. Ecco perchè la lotta comincia ad impegnarsi sul terreno del giudizio civile, e perchè viene ad intromettersi in quello la giustizia penale.

152. Seguono nel testo (Mangin) due altri teoremi che limiterebbero ancora il principio.

Se un tribunale è stato adito sopra una domanda d'indole civile, e sopra elementi che sembrano *absolument civils*, discoprendosi poi dei fatti che si dovevano ignorare, sarà lecito di trasportarsi al criminale, per la ragione, che non si ha facoltà di scelta senza cognizione di causa. (MANGIN, *Compendio*, n. sudd.: nel testo, n. 36).

Invero qui non c'intendiamo. Se vogliamo trovare una limitazione al principio di diritto giudiziario penale in questo, che colui il quale ha esercitata l'azione civile avanti il giudizio civile non può più valersi dello stesso diritto avanti il giudice penale, non bisogna immaginare una condizione di cose diversa da quella considerata dalla legge. Ora *l'azione civile pel risarcimento del danno* essendo conseguenza di un reato (articolo 1° del Codice di procedura penale), non si comprende come l'attore abbia potuto ignorare, o fingere d'ignorare la esistenza del reato mentre chiedeva appunto il risarcimento del danno, causato dallo stesso reato.

**sione, ecc., sorgessero forti sospetti di un avvelenamento, di una prevaricazione, di una depredazione di denaro pubblico, ecc.**

Chiaro ancora si rileva che, nel punto di vista di ogni altra domanda che non fosse quella del risarcimento del danno per causa di reato, la ipotesi sarebbe messa fuori dei termini della legge. Suppongasi una domanda civile qualunque; suppongasi pure che dei fatti ignorati vengano alla nostra conoscenza dai quali risulti la esistenza di un reato. Potremo noi querelare il reato; e, intentata l'azione penale dal pubblico Ministero, portare la nostra azione civile avanti il magistrato penale? Ma qual dubbio? La domanda che noi abbiamo fatta al giudice civile non era quella del risarcimento del danno *per causa di reato* perchè da noi s'ignorava la esistenza di un reato: dunque siamo fuori dei termini dell'art. 4° (*a*).

E questa si chiama una limitazione?

153. Se la parte lesa porta i suoi reclami a *tribunale incompetente*, non è vincolata da questo atto nullo, e può, riproducendo il giudizio, scegliere ancora quella via che vuole.

Questa dottrina, appoggiata ad una decisione molto puntuale della Corte di cassazione (V. Mangin, opera n. 36, *Compendio*, n. 23), non sembra contestabile. Non limita però la regola dell'*optio*, ma addita uno dei casi in cui non è applicabile.

154. Se non che conviene investigarne la ragione. Gli atti e le di-

(*a*) Lo stesso dovrebbe dirsi se si fosse spiegata un'azione di danno per tutt'altra causa: e poi si scoprisse che deve piuttosto attribuirsi ad un reato che a noi era ignoto.

L'autore cita in conferma della sua proposizione il § 2°, della *L.* 22, *Cod. de furtis*. Il principio che, scelta l'azione civile non è più lecito convolare, per lo medesimo soggetto, al penale, fu consacrato in questa legge di Giustiniano colla specie di un'azione *di comodato* che si volesse dall'attore trasmutare *nell'actio furti*. Per altro si permette di ciò fare, qualora il proprietario avesse ignorato il furto e non venisse a conoscerlo che posteriormente. Questa costituzione, una delle migliori di Giustiniano per quel fare antico e quel vigore di raziocinio che non siamo soliti a riscontrare nelle sue leggi, meriterebbe una illustrazione, dalla quale dobbiamo dispensarci, e per la quale si vedrebbe sempre più manifesta la sua inapplicabilità. Che quella legge sia una delle fonti della teoria generale, scelta un'azione non potersi far passaggio all'altra, e ciò avvenire soltanto nella piena conoscenza del proprio diritto, è cosa chiara: ma non è meno evidente, che quella legge, confermando la nostra veduta, respinge recisamente la dottrina del Mangin, che suppone pur sempre l'istaurazione *dell'azione civile* qual è contemplata dall'art. 1° e 4° della procedura penale, *e che implica la cognizione della esistenza del reato*, chiedendo come conseguenza la rifazione del danno.

chiarazioni che si fanno avanti giudice incompetente, sono essi per regola invariabile incapaci di qualunque effetto giuridico? Qualch'esempio ci dà segno del contrario. In fatto di prescrizione ci avvisa l'articolo 2380 del Cod. civ. alb. « La citazione giudiziale, fatta avanti *giudice incompetente*, interrompe la prescrizione. Perchè la differenza? Sono o no nulli gli atti che si fanno avanti giudice incompetente? Se lo sono di che non si dubita, come mai potrebbero produrre un effetto giuridico qualunque sia? Pare contraddizione.

Penso che altro sia l'effetto giuridico di un atto, ed altro il potere ricavarsi dall'atto un criterio di volontà e d'intenzione. In sostanza siamo in questi termini col suddetto articolo 2380, perchè altrimenti, nel silenzio neghittoso dell'antico proprietario verrebbe a compiersi la prescrizione. Per altro la volontà e la intenzione non si rivestono di efficacia nel mondo del diritto se non aggiungono un certo grado di manifestazione esteriore. La citazione giudiziale, fatta nei modi prescritti, è già una manifestazione di volontà non semplice e nuda, ma risultante da un atto della forma di quelli che la legge esige all'effetto d'interrompere la prescrizione. In tal caso la legge non richiede un *giudizio* ma si contenta della manifestazione giudiziale di una data forza e carattere, ove la volontà venga annunciata con solennità e pienezza (a), poco curandosi che il giudice per avventura non sia competente, perchè non si tratta, giova ripeterlo, *d'istaurare un giudizio*, ma solamente di fare *un atto giudiziale* cioè avente in sè l'attitudine di provocare un giudizio.

Non sempre si può dire perchè in casi che sembrano somiglianti ora la legge voglia di più ed ora esiga di meno; perchè nel caso della prescrizione si contenti di un atto giudiziale, abbenchè il tribunale adito potess'essere incompetente, e in questa materia della ozione, un atto giudiziale non pregiudichi la facoltà se è stato fatto avanti giudice incompetente.

Può osservarsi, e l'argomento quantunque non decisivo ha un valore riflessibile, che rendendosi meno grave il còmpito a colui che intende a interrompere la prescrizione, si favorisce il diritto che sta dalla parte sua; e di rincontro, rendendo meno sdrucciolo a chi pos-

(a) Non avrebbe questo effetto la citazione *nulla per difetto di forma*. Articolo 2381 al. del Codice civile. La manifestazione dev'essere completa, deve parlare senza reticenze, senza ambiguità, alla coscienza del possessore. Il nuovo Codice civile non ha portato cangiamento a questi principii. Art. 2128.

siede il diritto della scelta, il pendio della privazione, si favorisce ugualmente una facoltà di diritto. In ognuno di questi casi si favorirebbe la libertà giuridica.

Acuendo lo sguardo, si trova una ragione che soddisfa anche di più. La tradizione ha conservato il principio insegnato nel diritto romano, ne ha compreso lo spirito, lo ha messo in armonia colla dottrina giudiziaria. Si esaurisce una facoltà giudiziaria quando si esercita con effetto. Non vi è propriamente giudizio in sede incompetente, perchè non costituisce pendenza di lite, perchè da quell'albero non nascerà mai il frutto della cosa giudicata, perchè è l'urna delle Danaidi che nulla ritiene. Si fa opera vana, e dopo il giudizio si è nello stato di prima. L'uso della *ozione* in un dato modo, implica la rinunzia ad un modo diverso, ma deve essere *formale* non *intenzionale* soltanto: dev'essere con effetto. E questa è la sostanza e la giustificazione della teoria.

### III.

*Eletta la via penale non si può far transito alla civile.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 24 — Del trattato, n. 37).

155. Confermo questa parte della dottrina del Mangin per cui non ho a dire che poche cose: solo aggiungerò qualche ragione di più.

Gli scrittori contrarii si fondavano nella dottrina dell'interesse: il Mangin giustamente la rigetta.

Ognuno può rinunciare al beneficio che gli è fatto; e chi mai potrebbe dolersene? Il danneggiato dal reato poteva valersi del diritto che gli dà la legge, di perseguitare l'avversario per la via rigorosa dell'azione criminale; e già si mise per questa via. Ebbene, tornandogli meglio di rinunciarvi, lo fa, e restringe la offesa, rinserrandosi in un giudizio puramente civile. Perchè gli sarà vietato? È forse vietato a chi intentò l'azione possessoria di desistere e convolare al petitorio?

Questo è un ragionamento del Merlin; gran giurista, senza dubbio, ma ordinariamente con idee poco avanzate.

Il nostro autore risponde che il supposto interesse dell'imputato, che sarebbe il perno di quella facoltà della parte lesa, non ha più ragione di essere oggidì, non dipendendo più da essa la sorte del giudizio penale, affidata al magistrato.

156. La ragione è buona, ma non è tutto quello che si può dire. Non si tratta solamente di rinunciare ad una facoltà, sotto il quale aspetto questione non ci sarebbe: chi ha istituito una querela può rinunciarvi, chi si rese parte civile, può rinunziarvi. Trattandosi di rinuncie pure e semplici, niuna questione adunque. Ma altro è di una rinuncia interessata e adoperata come condizione di esercizio di un altro diritto. Non importa scandagliare quale interesse possa avere il rinunciante; o ritenga di trovarsi troppo vincolato in un processo criminale, e di trovarsi più libero in un giudizio civile ove potrà combattere la sospensione, presentandosi sott'altra forma; o ritenga che, decisa l'azione criminale, avrà maggiore larghezza di risultati nella questione del risarcimento, o che altro si voglia, fatto è che, desistendo dal processo penale, ove sa che il suo stesso interesse è bene tutelato, egli ha delle altre viste, qualche altro diritto da esercitare in compenso della sua rinuncia. Basta ciò per escludere il fondamento di Merlin.

157. Bisogna poi anche tenere conto dei principii che regolano il diritto giudiziario che in cento casi possono ricevere un'applicazione che non si deve pregiudicare. La legge non dà l'azione due volte (*a*). Nelle attinenze del diritto privato, l'uso di una facoltà alternativa, involve la privazione della facoltà non usata, nel doppio aspetto dell'interesse dell'obbligato e dell'ordine delle giurisdizioni. La quale dottrina si estende facilmente allo esperimento dei diritti giudiziarii, essendo la condizione giuridica acquisita all'altra parte, e nel rispetto della pubblica ragione rappresentando uno stato di cose che, una volta stabilito, non può per volontà di privato immutarsi.

(*a*) Parlando di legati alternativi, Pomponio « cum autem *semel* dixerit haeres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit; et ita Juliano placuit. *L.* 13 *de legat.* 2° ». Così si dirà del legatario, quando ha fatta la sua scelta.

# CAPO IV.

## Estensione dell'azione penale e dell'azione civile.

### § XXXII. — *Introduzione.*

158. La penalità è atto di sovranità dello Stato; atto che ha la sua base nel territorio che misura la sua potenza *reale* e si dirige alle individualità responsabili che vivono in quello.

*La territorialità* è un concetto di relazione, esprime la *differenza* e *il limite*, discerne uno Stato dall'altro, circoscrive la individualità delle nazioni. Il territorio (senza pregiudicare alla estensione di cui questo concetto è suscettibile) è il confine assegnato all'esercizio della forza legittima dello Stato, ma il potere della sua idea si estende al di là di questo confine.

159. Spiegare questo schema, è trovare la chiave del problema che sembrò difficile, come, essendo riconosciuto dalla universalità dei pubblicisti e dalla ragione, che le leggi dello Stato non possano efficacemente imperare in territorio che non sia il suo, valgano nondimeno a colpir fatti che si consumano fuori di esso, e persone che o mai non soggiacquero a quelle leggi, o si sottrassero all'azione loro commettendo fatti riprovevoli in terra straniera (*a*).

(*a*) Debbo qui trascrivere gli articoli del Codice pen. che dispongono in senso relativo a codeste idee; anche perchè si avrà bisogno di tornarvi spesso colla mente nel corso di questa prima sezione del capo IV, nel quale procuro di raccogliere a grandi tratti questa interessante teorica.

Art. 5° *Il regnicolo* che avrà commesso in estero territorio un crimine contro la sicurezza dello Stato, o di contraffazione del sigillo, delle monete, cedole, ob-

La legge dello Stato fa tutto questo: si spande fuori, colpisce individui al suo dominio non soggetti, s'impadronisce di fatti che non toccano il suo territorio; che anzi nel territorio altrui portando il turbamento e lo scompiglio, ne preservano il proprio. Si scorge nelle

bligazioni dello Stato, o carte di pnbblico credito equivalenti a moneta, sarà giudicato e punito in questi regii Stati secondo le disposizioni del presente Cod.

Art. 6° *Il regnicolo*, che avrà commesso in estero territorio *un crimine a danno di un regnicolo* o *di uno straniero*, ove rientri in qualunque modo nei regii Stati, sarà giudicato e punito colle pene stabilite nel presente Codice, le quali però potranno, secondo le circostanze dei casi, essere diminuite di un grado.

Tale disposizione si applicherà anche al caso in cui *il regnicolo* avrà commesso in estero territorio *un delitto a danno di un regnicolo*, se la parte offesa ne porti querela.

Art. 7° Sarà giudicato e punito a termini del presente Codice *lo straniero* che avendo in estero territorio commesso un *crimine* contro la sicurezza dello Stato, o di contraffazione del sigillo, delle monete, cedole, obbligazioni dello Stato, o carte di pnbblico credito equivalenti a moneta, fosse arrestato nei regii Stati, o consegnato ad altri governi.

Art. 8° *Lo straniero* che avrà commesso in estero territorio, sia contro *un regnicolo*, sia *contro un altro straniero*, alcuno dei crimini indicati negli art. 596 a 600, inclusive (597, 598, grassazione, con omicidio, con omicidio mancato o tentato, ecc., 599, come s'intende consumato qnesto crimine, 600, si qualificano gli atti di violenza che gli accompagnano) *se venga arrestato nei regii Stati*, o *consegnato da altri governi* sarà giudicato e punito a norma dell'art. 6°, *semprechè il crimine sia seguito a distanza non maggiore di un mezzo miriametro dai confini dei regii Stati*; o *essendo seguito a maggiore distanza, abbia il colpevole trasportato nei regii Stati danari od effetti depredati.*

Art. 9° Fnori dei casi indicati nell'art. precedente, *lo straniero* che, avendo commesso *un crimine* a danno di *un regnicolo*, entrasse nel territorio dei regii Stati, sarà arrestato, e previa l'antorizzazione del governo del re, ne sarà offerta la consegna al governo da cui dipende il luogo del commesso *crimine* per esservi gindicato. *Ricusando quel governo di riceverlo, sarà il colpevole giudicato e punito nei regii Stati a norma dell'art.* 6°. Lo stesso avrà lnogo pei *delitti* commessi da *uno straniero* a danno di un *regnicolo* in territorio estero, *quando in parità di caso il regnicolo fosse punito nel paese cui appartiene lo straniero*, salvo però sempre l'azione civile.

Art. 10° Le disposizioni degli articoli 6, 8 e 9, non avranno luogo quando i colpevoli saranno già stati gindicati definitivamente nel paese in cui commisero il reato, e vi avranno, in caso di condanna, scontata la pena.

*Osservazioni a questo ultimo articolo.*

Lo Stato si riserva di punire colle proprie leggi le offese che direttamente e personalmente lo riguardano. In effetto reati di qnesta natura non possono interessare la legge straniera nè qnei tribunali vorranno occnparsene.

disposizioni trascritte in nota. Le legislazioni di tutti i paesi, non meno civili del nostro, si ricopiano e vivono nello stesso costume.

160. Il Mangin nella sezione II, del capo I, dal n. 57 al 73 dell'opera (*Compendio*, dal n. 27 al 40), tratta quasi esclusivamente di codesta espansione territoriale, commentando giudiziosamente le leggi positive. Ma lascia a desiderare più cose: 1° Il complesso delle nozioni necessario a costituire un sistema; 2° la definizione scientifica di tali nozioni, e in generale la ricerca dei principii razionali che costituiscono questa parte importante del diritto pubblico.

## § XXXIII. — *Relazione fra i concetti di penalità e di territorio.*

161. Ravviso tre forme di territorio nazionale, che distinguo così: *naturale, reale, morale.*

Il territorio *naturale* è quello che la natura ha destinato sede e domicilio delle nazioni, e si estende quanto il linguaggio che è la principale delle caratteristiche della personalità di un popolo. Dio ve la impresse, segnò i confini nei fiumi, nei mari, e nei dirupi giganteschi. Il territorio *naturale* di una nazione non è sempre il territorio *reale* dello Stato. L'Italia non ha ancora Roma e Venezia (*a*). Il territorio *morale* è da me considerato per quella sfera di attività sino alla quale può giungere la virtù imperativa dello Stato, che posso ben anco chiamare la giurisdizione dello Stato.

162. Premesse queste idee, vengo ad un'altra fondamentale della mia trattazione. Qui il concetto di territorio non è *osservato che nel rispetto della penalità*. Noi non vogliamo altro che sapere in quai luoghi può estendersi, e in qual punto deve fermarsi l'esercizio della penalità. È in questo rapporto che i criterii sovra posti sui varii caratteri o modi di concepire un territorio, possono pretendere ad una certa esattezza. Se per esempio il territorio dovesse esaminarsi nel rispetto della politica, quelle forme ideali non sarebbero ugualmente precise. La politica può avere delle aspirazioni più o meno estese del suo territorio naturale; e l'attività morale del governo di un paese, vista nell'aspetto politico, potendo colla forza delle alleanze e colle

(*a*) 8 maggio 1865.

influenze, spazia molto più largamente che la sua giurisdizione penale: e guai se così non fosse! Questo territorio insomma potrebbe nominarsi con una parola sola: *il territorio penale.*

**163.** Il territorio non è solamente *la sfera del potere*, ma altresì *la condizione del potere*. Il suolo tira le cose a sè colla sua forza centripeta, sia che queste cose siano immobili, cioè destinate a non cangiar mai il rapporto di spazio colle altre della medesima natura, sia che queste cose si chiamino uomini, abitanti, aggirantisi, calcanti col piede il suolo del paese. Se non che la giurisdizione delle leggi della patria sulle cose fissate nel suolo è un elemento della sua intrinseca e materiale virtù; invece, il suo dominio sugli uomini del territorio, in quanto debbano rispettare le leggi penali, esiste negli ordini della costituzione morale di un popolo, forma uno dei più solidi fondamenti della vitalità e della conservazione del suo stato giuridico.

La giurisdizione penale dello Stato (*a*), si esercita naturalmente e senza contraddizione sul territorio suo reale e sui cittadini.

**164.** Fuori di questi termini positivi e incontestati si concepisce una estensione della giurisdizione penale dello Stato fondata nella ragione stessa delle cose, e dalla universalità delle legislazioni e dal giure internazionale riconosciuta legittima.

**165.** Può considerarsi sotto due aspetti, capaci, a quanto parmi, di contenere tutta la teorica.

O la estensione procede *dall'intrinseco* e non è che lo svolgimento del contenuto nella idea normale di giurisdizione penale dello Stato.

O la estensione è motivata da causa *estrinseca*, e poggia nel diritto della sicurezza pubblica, nel *gius defensionis* che è la fonte della penalità edittale.

(*a*) È ben chiaro che in questo capitolo, come farò altrove, mi servo della parola *giurisdizione dello Stato* per esprimere una sua potenza giuridica, quella delle sue leggi penali, in un senso quindi più esteso e diverso da quello con cui si adopera parlando della giurisdizione giudiziaria e dei tribunali.

§ XXXIV. — *Estensione procedente da causa intrinseca, ossia dal diritto di giurisdizione.*

I.

*Navi da guerra.*

(Mangin, *Compendio*, n. 67).

166. I reati che si consumano da persone dell'equipaggio contro persone dell'equipaggio a bordo di navi che si trovano nei porti di Stato estero, sfuggono alla giurisdizione territoriale, e sottostanno invece alla legge della nazione a cui appartiene la nave.

167. Che nello stabilimento dei principii giuridici che governano questa materia molto possa la consuetudine, quasi legge generale delle nazioni, non è da revocarsi in dubbio. Dove spiega la sua forza, ivi la nazione è; e dalla forza al diritto la inferenza è facile. Questo che potrei dire orgoglio ma dirò piuttosto sentimento comune delle nazioni, se non origina dalle pure fonti del diritto, politicamente lo crea. Nel rispetto della giurisdizione penale è più agevole il considerare legittima la finzione della continuazione del territorio nazionale nel suolo fluttuante della nave da guerra (a differenza delle navi mercantili, della quale differenza dirò la ragione al numero seguente).

Ortolan ha ravvisato con molta aggiustatezza nella nave da guerra un corpo organizzato, che staccato materialmente dal suolo patrio, mantiene virtualmente la sua unità e la sua adesione alla personalità del paese nella indipendenza dei mari.

168. Questa idea si lascia comprendere eziandio, e conserva la sua virtù emblematica, se mi si concede la frase, quando il vascello, o fregata, o nave corazzata che sia, di nazione italiana, riposa nelle acque del porto di Marsiglia o di Lisbona, in un lago insomma considerato proprietà di un'altra nazione, cinto delle sue ripe e delle sue terre, e collocato sotto l'impero della giurisdizione locale. Quando non vi ha ostilità colla potenza signora del territorio, lo spazio di mare che occupa la nave amica nel porto è un vero possesso ove, nei limiti chiusi della sua forma, può esercitarsi la giurisdizione sovrana del paese che rappresenta.

La teoria, com'è ben chiaro, non appartiene al diritto pubblico in-

terno; ma ha un vero carattere internazionale, perchè nessun popolo potrebbe costituire a se stesso questo diritto ma ha d'uopo dell'accordo e assentimento delle nazioni. La sua natura è dimostrata dai limiti in cui si racchiude e che deve rispettare.

169. Quindi la differenza fra le acque di proprietà di un altro Stato, come quelle di un porto di mare, o di un fiume, e le acque libere del mare. In alto mare la giurisdizione delle leggi di polizia o criminali del paese si esercita in un modo più assoluto o si tratti di navi da guerra, o di bastimenti di commercio.

170. La giurisdizione locale non rimane nei casi superiormente posti esautorata, essa è sempre presente colla sua protezione alla nave straniera: in compenso deve rispettarsi l'ordine e la tranquillità del paese entro il quale la nave sicuramente dimora. Specie di ospitalità che s'intende violata non solamente quando alcuno della ciurma scende nel paese a consumare un reato, ma altresì, quando il reato commesso a bordo interessa persone che non siano quelle dell'equipaggio: e allora interviene l'autorità locale, e l'affare è giudicato dai suoi tribunali.

171. La estensione della giurisdizione territoriale del paese d'origine è una finzione rispetto al suolo della nave ma è una verità rispetto alle persone che stanno in quella, o cittadine dello Stato, o rappresentanti, o pertinenti all'equipaggio. Colla qualità di cittadino si mantengono le obbligazioni che vi sono inerenti. Il delitto che si consuma a bordo fra i cittadini di uno Stato, propaga sino a quello il disordine che produce e le funeste apprensioni che l'accompagnano. Cessa tutto questo, o s'immuta, o piglia un altro carattere, quando l'autore e la vittima del reato non è un cittadino dello Stato nostro.

È già ammessa e divenuta incontestabile la proposizione formulata nel principio di questo §, ma non ha luogo che a quelle condizioni. Lo chiameremo, per ora, del diritto delle genti non naturale ma positivo, prodotto della consuetudine dei popoli civili. Ora vogliamo provarci di mettere in armonia questo diritto con un altro diritto che appartiene alla penalità e che non possiamo esporre particolarmente se non in uno dei §§ seguenti (a).

172. Vedremo ivi che lo Stato nelle sue leggi penali si prefigge

(a) Quella disposizione è stata però in intero trascritta in una delle note superiori.

di punire gli stranieri che offendono gravemente i cittadini, i regnicoli, come il Codice gli appella; o congiurano e fanno frode contro i capitali diritti dello Stato nostro, avvegnachè quelle offese, quegli insulti, quelle contraffazioni, quelle congiure, quei reati insomma, si consumino nel territorio estero.

Se le stesse basi di diritto regolassero la questione della giurisdizione dello Stato nel primo e nel secondo degli accennati rapporti, noi trovando in fatto conseguenze diverse, potremmo rimanere in dubbio sulla logica dei principii. Se il suolo della nave da guerra è appendice o prolungamento del territorio dello Stato, idea talmente certa che non vien meno neppure perchè il nostro vascello ondeggi sulle acque di un altro Stato; perchè non applichiamo noi la teoria della obbligazione penale dello straniero che delinque sul nostro territorio: e di più, se non ci teniamo strettamente alla finzione giuridica dello estendimento del nostro territorio, perchè non applichiamo le nostre leggi relative ai reati che si commettono contro regnicoli, o contro la sicurezza dello Stato, in territorio estero?

Questo esame che si presenta nuovo, ci conduce, per quanto a noi sembra, a dover riconoscere un principio diverso; ed è che la nostra giurisdizione territoriale per quanto si finga estensibile in quei casi, quasi a pareggiare le condizioni del territorio nazionale, in effetto essa è costretta a modificarsi in presenza del diritto giurisdizionale dello Stato estero in mezzo al quale si trova posto il vascello da guerra che noi vogliamo chiamare una porzione del nostro medesimo territorio. Egli è che la finzione non può aggiungere l'essere della verità e non può rappresentarla a tutti gli effetti.

Epperciò il fondamento della nostra giurisdizione non è sicuro, non è positivo, se non si appoggi *nel principio della obbligazione personale* dei cittadini verso le leggi politiche della propria nazione, in qualunque parte del mondo si trovino (*a*). Nel qual caso è forza restringerla ai nazionali.

173. Se il delitto che si commette a bordo del nostro vascello, si commette a danno di un indigeno, o a detrimento di quello Stato a

(*a*) E dico *politiche* anzichè *penali*, perchè in realtà, come vedremo più avanti, i regnicoli che delinquono all'estero non restano soggetti alla generalità delle leggi penali dello Stato, ma soltanto a quelle che per determinata qualità o natura di reati sono stabilite dalle leggi. Se talvolta in simile contingenza io dirò leggi *penali*, per non iscrupoleggiar sempre sulle parole, dovrà così intendersi.

cui il lago appartiene, non avremmo noi ragione alcuna plausibile per limitarne la giurisdizione politica e penale a danno dei suoi proprii interessi, a diminuzione della sovranità sua. Ne segue essere ben lontano che la giurisdizione nostra possa sul nostro medesimo vascello esercitarsi con quell'assolutezza ed ampiezza che si farebbe sul nostro territorio per una ragione che abbiamo già detta di sopra.

Ciò dobbiamo osservare nel senso di non poter sottrarre il nazionale, che a bordo commise un reato a danno di un individuo di altra nazione, dalla competenza delle leggi del paese. Ma dovendoci rassegnare a considerare in questo caso come non nazionale, il suolo della nave da guerra, avranno per altro applicazione i disposti degli articoli 7 e 8 del Codice penale? Riportiamo questo esame ad un altro § (a).

II.

*Navi di commercio.*

174. I reati che si commettono nel gran mare, nel *mare liberum*, sulla nave vuoi da guerra o commerciale sottostanno alle leggi penali del paese di cui la nave porta la bandiera, o sia proprietà dello Stato,

(a) Se il reato è gravissimo, molto più se minaccia la sicurezza dello Stato, l'ordine politico e l'interesse dello Stato medesimo richiede che il giudizio definitivo sia portato avanti i suoi tribunali. Tuttavia non è raro che anche in reati di somma gravità, se non interessano particolarmente lo Stato, dopo i primi atti della polizia e della procedura, fatti gli arresti necessarii, ecc., si consegni il prevenuto al governo a cui appartiene onde si giudichi secondo le proprie leggi e colle garanzie che forniscono le native istituzioni. Si attacca talvolta un'idea d'onore nazionale ad esercitare tale giurisdizione giudiziaria; talvolta di un dovere, onde i proprii nazionali non siano giudicati con parzialità o puniti oltre il debito, specialmente se non si ha molta fiducia nella giustizia del paese. Supponiamo che un fatto di questa natura accada a bordo di una nave da guerra italiana o francese stanziata momentaneamente nel porto di Tunisi. Avviene ordinariamente, per non dir sempre, che dove stanziano guarnigioni estere, come oggidì i Francesi a Roma, se un militare della guarnigione commetta un misfatto anche grave verso un indigeno, l'autorità che procede è la militare; la quale per di più suole reclamare anche l'individuo che si rese colpevole a danno di un militare sebbene uomo del paese. Talfiata vi entra il predominio di una influenza temuta; tal altra è una condiscendenza del governo: nè l'uno nè l'altro costituisce diritto. Ci ha però il diritto della bandiera di che dirò una parola più sotto.

o d'individui connazionali, salvo alle leggi dello stesso paese il determinare la competenza speciale. Se non sottostassero a quella, a niun'altra giurisdizione sarebbero soggetti, e il brevetto d'impunità sarebbe assicurato (*a*).

La nave mercantile si ricovera sotto la nazionalità per la protezione che ne riceve, ma non la esprime, non la rappresenta. La nave mercantile che va dove l'interesse la guida, e solo per l'interesse è cosmopolita, dissipa da se stessa la idea di una rappresentanza nazionale. Soggiace alle leggi del territorio e di tutti i territorii nei quali viene a stanziarsi per suoi affari nella sua corsa indefinita, incessante; meno per ciò che riguarda il suo statuto amministrativo interno e salve le convenzioni.

## III.

### *Dei luoghi in cui è spiegata la bandiera nazionale.*

**175.** « Formano parte del territorio nazionale i luoghi ove sventola la bandiera nazionale, come quelli occupati da un esercito nazionale, e i luoghi ove siedono in paese straniero *i Consolati nazionali* come rivestiti di una potestà di polizia e di una data giurisdizione sui nazionali ». *Pessina* « Consules *consulere se debere mercatoribus* et mercaturae ipso nomine admonentur » *Marquardo*. Questa istituzione utilissima, già vincolo delle relazioni commerciali e della società delle nazioni in epoche ancora incerte della vita internazionale, oggidì rappresenta in largo senso la giurisdizione dello Stato da cui emana fra i connazionali che si trovano in paese estero senz'avere pertanto una propria e vera autorità giudiziaria. Sopratutto il Consolato è la

(*a*) È palese che io propugno, con Puffendorfio, col Cocceio, coll'Ortolan, e via con tutti gli scrittori della civiltà, la libertà dei mari. L'impero politico del mare può per avventura combinarsi colla libertà nei rapporti che noi veniamo considerando; ma io la nego con asseveranza non minore malgrado le sottigliezze di Grozio, di Vattel, ecc. Le limitazioni consistono; 1° nei porti e nelle rade; 2° nei golfi, baie, laghi interni sebbene estensioni del mare, come la laguna veneta; 3° stretti di mare o chiusi o guardati da opere apposite di difesa e sotto la protezione del cannone nazionale. (Celebri in questo riguardo gli stretti del Bosforo e dei Dardanelli, oggetti di tanti trattati e fomenti di guerre); 4° quelle parti di mare che sono a certa limitata distanza dalla costa, benchè questa non possa confondersi colle altre limitazioni sopra accennate.

protezione dei nazionali per la incolumità dei loro diritti rimpetto agli esteri e dei loro privilegii, se ne hanno. Protezione speciale, che appartiene anche all'ambasciatore o incaricato d'affari ma in grado più eminente e meno sensibile; e si esercita anche dove non sono nè ambasciadori nè incaricati, e tiene più al privato che al pubblico diritto.

## § XXXV. — *Estensione procedente da causa intrinseca, ossia dal diritto di giurisdizione.*

### I.

*Sugli stranieri che delinquono nel territorio dello Stato.*

176. L'applicazione della penalità allo straniero che delinque nel territorio, non è che lo sviluppo della personalità autonoma dello Stato in quanto attua i pronunciati della propria sicurezza con quella latitudine che è necessaria a raggiungere il fine (*a*).

Ciò quanto all'*ordine politico*. Quanto all'*ordine morale* o *di giustizia* (*b*), il forestiere ricava dalla propria coscienza le seguenti nozioni, *a*) che l'opera intrinsecamente delittuosa è proibita sempre e dapertutto, *b*) che è punita dalle leggi divine, e dalle leggi altresì di ogni paese civilmente costituito, *c*) che è un debito morale, innegabile, perpetuamente presente allo spirito, quello di osservare le leggi politiche del paese nel quale andiamo a cercare ospitalità, fortuna, riposo; e che è un male effettivo, un delitto che niuna torbida coscienza può dissimulare a se stessa, quello di portarvi in compenso il disordine, la strage e l'esterminio. Queste nozioni della coscienza sono confermate da quelle altre positive che ognuno tiene dalle leggi del proprio paese ove gli stessi principii d'ordine, le stesse norme di condotta sono osservate rispetto agli stranieri. Non può pertanto venire opposto, ch'esso ignora le leggi penali dello Stato, che a lui e per lui

(*a*) Altrimenti la legge penale sarebbe imperfetta perchè la sua minaccia non sarebbe temibile che dai cittadini, e lascierebbe il varco alla impunità dei forestieri.

(*b*) Si è già osservato nei primi capitoli del libro che la penalità consta di una parte politica, e di una parte morale che appartiene alla giustizia intrinseca: la prima è il Codice: la seconda è il giudizio.

non furono pubblicate; poichè poste quelle nozioni che gli portano in cuore la certezza e la giustizia della sua punizione, si ritiene ch'esso abbia presa informazione delle leggi penali dello Stato che si proponeva di violare; o ad ogni modo, il non averlo fatto è colpa sua, conoscendo in genere la obbligazione che assumeva di rispettarle.

## II.

### *Inviolabilità ed immunità degli ambasciadori ed agenti diplomatici.*

( MANGIN, *Compendio*, n. 40 *ter* ).

177. La inviolabilità degli ambasciadori! Sin dalla più remota antichità è la religione di tutti i popoli più o meno civili. La inviolabilità degli ambasciatori è un dovere a cui una nazione non potrebbe mancare senza disonorarsi. Vi sono delle opinioni che argomentano dalla inviolabilità all'annullamento della giurisdizione dello Stato (*a*). Le ragioni che adduce Montesquieu ci daranno la misura della loro bontà.

La persona del sovrano s'identifica nel suo inviato. Come quegli non potrebbe soggettarsi alla giurisdizione dei nostri tribunali, così l'inviato. La sua libertà d'azione lo esige. Gli si potrebbero imputare dei delitti, inventare dei debiti che non ha fatti, sottoporlo gratuitamente ad un processo. Per lui deve valere *il diritto delle genti*, tacere *il diritto politico*. Se abusa della sua rappresentanza sia rimandato. E finisce con queste parole che fanno credere non abbia il sommo pubblicista intesa la questione. *On peut les accuser même devant leur maître, qui devient par là leur complice* (Esprit de lois liv. 26, ch. 21).

178. La identificazione della persona del sovrano s'intende perfettamente nella missione politica dell'ambasciatore. Ma quando alcuno può supporre e dare per una ragione della identità la *complicità* del sovrano *nei delitti personali* del suo inviato, e che questo alcuno è un Montesquieu, in vero si crede di sognare.

La libertà d'azione per commettere dei delitti, sarebbe uno strano privilegio degli ambasciatori. Supporre che l'ambasciatore possa es-

(*a*) Grozio, Vattel, Montesquieu.

ser calunniato nella sua vita privata, fingendolo autore di misfatti allo scopo di creargli degl'imbarazzi e uno stato di forzata dipendenza politica, è una enormità, è una ingiuria vergognosa gettata in faccia alla civiltà dei popoli. Non è su tali abusi, o piuttosto su tali errori, che si erige o modifica la teoria del diritto internazionale.

Il Tomasio (*a*), il Barbeyrac, il Merlin limitano il principio della immunità dei legati qualora si facciano rei di cospirazioni e compromettano, abusando la loro posizione, la sicurezza dello Stato. Altri (Perezio, De Vera, Cocceio, da ultimo il Casanova), ritenuta la inviolabilità del legato, negano la sua assoluta indipendenza dalla giurisdizione territoriale. Il Martens sembra inchinare alla opinione del Vattel e del Montesquieu, ma per ragioni migliori. L'usanza lo trae, osservando ciò che avviene nel mondo diplomatico: il legato reprobo o cospiratore suole rimandarsi, previi i debiti ufficii colla Potenza da cui è inviato, cacciarsi, se occorre. Per altro potersi prendere provvedimenti e cautele ad impedire gli effetti delle sue opere inique. Manco male!

Io proclamo la inviolabilità assoluta dell'ambasciatore compresa la sua residenza ed abitazione: non però la sua immunità assoluta dalla giurisdizione dello Stato.

Sono adunque per me cose diverse, ***inviolabilità*** ed ***immunità***. Quella riguarda la persona e tutto ciò che alla persona appartiene, questa è la indipendenza o franchigia dalle leggi dello Stato. Badate che io parlai *di immunità assoluta*, con ciò significando che l'ambasciatore ne gode *in parte:* e non è difficile assegnare i confini col presidio di alcune distinzioni (*b*).

**179.** La civiltà dei tempi, la gravità dei personaggi ai quali si affidano si alti ufficii, le squisitezze del costume e il raffinamento della

(*a*) *De jure asyli legatorum aedibus competente.* Altre opere su questa materia speciale. CASSIUS, *Diatribae de jure et judice legatorum.* WILEMBERG, *De jurisdictione legati in comites suos.* UPMARK, *De franchigia quarteriorum seu jure asyli apud legatos.* SCHLEUSING, *Delegatorum inviolabilitate.* MARTENS, *Précis du droit des gens.*

(*b*) È noto che vi sono più gradi od ordini di legati, come di *ambasciatori ordinarii, ambasciatori* o *inviati straordinarii, ministri, ministri plenipotenziarii, incaricati d'affari, residenti,* ecc. Mangin. n. 79, gradazioni che se hanno senso molto grave in diplomazia, non ne mancano neppure in certe questioni giuridiche, ma inapprezzabili nella presente, godendo tutti sotto questo rapporto gli stessi diritti.

politica che rende amabili in diplomazia sino alle offese, fanno pressochè inutili siffatte ricerche. Tuttavia per venire tracciando in poche parole la teorica che è nel nostro modo di vedere, comincieremo dall'avvertire che la giurisdizione dello Stato non può spiegare la menoma influenza attiva e diretta a diminuzione della libertà del legato nel più largo senso della parola. La ingerenza della giurisdizione dello Stato non può essere che indiretta, e fondata in una condizione giuridica a cui lo stesso legato dà causa, ch'egli stesso fa nascere, venendosi a porre coi suoi fatti colpevoli sotto l'azione delle leggi repressive dello Stato.

Non parlo delle sue obbligazioni civili chè non interessa il mio tema ma tuttavia serve a chiarirlo. Non si dubita più che se l'ambasciatore non paga i mercadanti che gli vendono le stoffe, i tappezzieri che gliene adornano le sale, se fa debiti insomma, può essere citato come un altro. Starebbero freschi quei creditori se dovessero portarsi da Firenze a Pietroburgo, o a Lisbona, per farsi pagare le liste! Tutto ciò è significativo. La così detta *estraterritorialità* dell'ambasciatore è dunque limitata.

La questione comincia a mostrarsi negli affari penali. Da un lato il principio che i delitti non debbano restare impuniti ; chè tale impunità offende la coscienza pubblica, l'ordine morale del paese, le ragioni del diritto, e forma una lacuna al principio che il forestiere che delinque nel territorio è soggetto alla polizia e alla giustizia dello Stato. Se il reato è di quelli che minacciano la sicurezza dello Stato potrà esso rimanere indifferente a tanta iattura, a tanto pericolo? In generale perchè il consorzio dei cittadini che ha bisogno di vivere nella osservanza del diritto, sarà frustrato di questa, necessaria, giustizia?

Considerazioni di un altr'ordine, rispetto al rappresentante di una Potenza straniera, facili a concepirsi, limitano siffatte legittime aspirazioni. Qui non è a dubitarsi : è la politica che limita la giustizia.

Osserviamo se questa limitazione abbia pur essa un fondamento nel diritto.

Le nozioni civili formano un consorzio, che negli ordini essenziali del diritto, professa gli stessi principii. Quando adunque si dice che uno Stato non ha giurisdizione per punire un delitto, non si dice con questo che il delitto dovrà andare impunito. È sottinteso che sarà punito dall'altro Stato che ha giurisdizione per farlo. In questo

caso la politica si riduce al rispetto della sovranità, e quindi del potere legittimo di un altro Stato. Nel mutuo rapporto, nel vicendevole rispetto dei diritti, è costituita la giustizia generale. Il principio della giurisdizione è l'ordine; il principio di giurisdizione è la garanzia del diritto privato. *La naturalità* dei giudici è una delle più preziose prerogative del cittadino.

Così la giustizia, non più per indiretto, ma immediatamente domina la questione. L'inviato di una Potenza è venuto fra noi con una missione, ben determinata, ben precisa, ben solenne. La sua missione non era solamente nell'interesse della sovranità che lo ha spedito ma eziandio nel nostro. La sua defezione dalla debita osservanza delle leggi dello Stato, non può procedere che *da abuso*. Questa medesima relazione lo pone in una condizione affatto diversa da quella di colui che da paese estero cala sul nostro, vi s'introduce, vi s'infiltra, e viene a consumarvi un misfatto. Può anche credersi che sia venuto con questa intenzione. Il legato della Potenza amica venne ad esercitare qui le elevate funzioni della sua rappresentanza in un interesse, lo ripeto, ad amendue le nazioni comune. Egli non ha mai abdicato alla qualità di cittadino della sua patria, alle facoltà, alle guarentigie, alle prerogative che vi sono congiunte (*a*). *L'abuso* è nei rapporti col suo mandato; la defezione di cui si rende colpevole è alla propria missione; la offesa maggiore ch'egli fa, è alle leggi del proprio paese. Difatti perturba più gravemente l'ordine morale del proprio paese il pervertimento dell'uomo pubblico ch'esso mandava a sì nobile e importante oggetto, che non perturbi il nostro la commissione di un delitto. Il suo paese lo reclama per farne giustizia: ha ragione.

Nondimeno vi sono dei limiti che appartengono del pari alla giustizia generale. Metto ancora innanzi la distinzione fra *inviolabilità* e *immunità*. L'ambasciatore non può essere arrestato, le sue case i suoi gabinetti non possono essere visitati, il suo domicilio è perfettamente chiuso (*b*); perquisizioni non possono eseguirsi. Si metterebbe

(*a*) « Legatus non est civis noster, nec incola nobis venit, ut ad nos domicilium hoc est verum ac fortunarum sedem transferat: peregrinus est qui apud nos moratur ut agat rem principis sui. Peregrinos, qui forte apud nos sunt, non subjicimus jurisdictioni nostrae ». (Peraltro questa ultima proposizione deve temperarsi nei varii rispetti che veniamo proponendo nel testo). BYNKERSHOEK, *De foro legat.*

(*b*) La casa dell'ambasciatore non può servire di asilo ai malfattori, ai nemici

la mano su cose che assolutamente non ci appartengono; si commetterebbe un orribile attentato, la violazione dei segreti di Stato che non sono i nostri. È cosa evidente che non può varcarsi un tale confine.

Ciò che è necessario, ciò che è d'incontestabile diritto del governo, è di assumere le informazioni, d'impadronirsi di tutti i mezzi, argomenti, prove al quale intento non occorre oltrepassare la soglia della casa dell'ambasciata, e tutto questo senza restrizione; servigio che non rendiamo propriamente a noi ma alla giustizia, altrimenti le prove fallirebbero, sarebbe forse impossibile la compilazione di un processo.

Noi camminiamo distinguendo *fra procedura e giudizio:* la prima ci appartiene sino al punto in cui comincia la necessità dell'intervento dell'imputato: allora gli atti si mandano per via diplomatica al governo amico ai cui tribunali il giudizio appartiene. È in questo senso che abbiamo detto, la immunità dei legati non essere assoluta.

## § XXXVI. — *Estensione procedente da causa estrinseca.*

### I.

***Estensione del territorio materiale per causa di sicurezza.***

#### MARE TERRITORIALE.

180. Si ha bisogno di avere il dominio *del mare proximum*, di una zona di quel mare che bagna le nostre coste. Questo bisogno è il titolo del nostro diritto: il consenso delle nazioni vi appone il suggello del patto tacito internazionale (a).

La libertà dei mari è un fatto della natura. È un altro fatto della natura quello di aver messo il mare in contatto colla terra.

dello Stato. Quante volte però la casa dell'ambasciatore ha tutelato infelici ingiustamente e atrocemente perseguiti! Non è l'esempio della sola Turchia che può citarsi. Il governo potrà cautelarsi, cingere d'armati l'abitazione perchè i pretesi colpevoli non abbiano a fuggire, ma non potrà penetrarvi. È il principio della inviolabilità.

(a) Un patto espresso fra gli Stati contermini potrebbe ulteriormente modificare la estensione o l'esercizio.

La ragione che stabilisce la libertà del mare immenso, del mare a perdita di vista, non milita per la libertà del mare costeggiante o mediterraneo; anzi una diversa ragione non è meno evidente. Nel primo fatto il dominio non può concepirsi fisicamente; moralmente ripugna. Non può concepirsi dominio di un emisfero tratto alla nostra disponibilità assoluta. Tale è il mare. Moralmente ripugna che ciò che la natura ha concesso a benefizio di tutte le nazioni del mondo, possa usurparsi da una sola: quella che si chiama tirannia dei mari è una preponderanza di forze lanciate in varii punti sulla loro sterminata superficie: ma rappresentando il diritto della forza opera militarmente, e non può entrare fra gli elementi del diritto.

La natura ha dato ai territorii un mare vicino come ausiliario della loro potenza. La nazione che possiede il territorio, possiede in effetto ancor quello. Essa arma le sue coste, e da quella spinge i suoi proiettili contro il nemico. Lo spazio d'aria in cui la loro parabola si descrive, segna il confine del suo dominio. Vero dominio è quello che realizza il concetto della disponibilità; e il cannone lo realizza (a). Per tutta ragione basterebbe la sicurezza, che è condizione d'esistenza, legge di necessità, e quindi protetta dalla natura delle cose. Questo adunque si comprende eziandio per quei tratti di mare che sono inaccessibili al commercio. Ma si aggiunge il commercio ad appoggiarla, a sostenerla. I prodotti naturali della marina circuente possono essere preziosissimi. Quella ricchezza appartiene alla nazione. La difesa delle coste è insieme la protezione dei commerci che sempre vi si affollano più attivi, più operosi che altrove, e tanto contribuiscono alla pubblica prosperità. La estensione adunque del dominio territoriale, o meglio ancora, la incorporazione di quel tratto di mare nel dominio del territorio, è un concetto perfettamente secondo ragione.

(a) Qui non vi è nulla che non sia esattamente vero. Il dominio del *mare proximum* è una concezione giuridica d'antica data. Sulla estensione di tale dominio sul mare, disputarono Baldo, *De rer. divis.* Bodinus, *De represal.*, Casaregis, Loterio, Valin, De Rayneval più o meno seriamente. Ma il Bynkershock disse meglio di tutti: — *terrae potestas finitur, ubi finitur armorum vis* — *De domin. mar. diss.* ed oggidì si misura generalmente dalla portata del cannone.

II.

*Dei reati commessi sui confini del nostro territorio.*

181. È il caso dell'art. 8 del Codice penale; e si attiene a cause consimili a quelle esaminate nel precedente numero. (V. § seguente).

III.

*Dei reati commessi fuori del nostro territorio.*

(Mangin, *Compendio* dal n. 30 al 39).

182. Nel Codice penale, e rettamente, si sono ravvicinate disposizioni che secondo la scienza vanno separatamente considerate (a). Alcune di esse entrano nella teorica che abbiamo voluto chiamare *estensione della giurisdizione penale per causa intrinseca:* che è un esplicamento della giurisdizione medesima. Tali sono gli art. 5 e 6. (V. nota al § XXXII). Gli altri art. 7, 8, 9, 10, spettano propriamente alla trattazione del presente § XXXVI.

Per altro a non disgiungere ciò che la legislazione ha riunito, qualche parola faremo in questo luogo anche dei due articoli primamente indicati, specialmente che, sotto alcuni rapporti e come tratti comparativi, possono dar lume alle altre nostre considerazioni.

183. È al tutto naturale che *il regnicolo*, passando sul terreno di altro Stato ed ivi commettendo reati contro la sicurezza del nostro, o contro le sue attività più cospicue, sia punito dai tribunali del nostro paese, e in conformità delle nostre leggi. Vincolato *dallo statuto personale* (formula accreditata dal Portalis) egli è rimasto sotto il dominio delle nostre leggi. Si comprende altresì, e per questa stessa ragione, che commettendo, in estero territorio, *un crimine*, un reato

(a) Convengo nel metodo, ma non convengo nell'assegnamento di questa materia al Codice penale. I Francesi pensarono meglio assegnandola alla procedura. Tutte le applicazioni soggettive che *vengono direttamente dalla legge*, appartengono al Codice penale; *ma il campo dell'esercizio* compete alla procedura. Queste che verremo qui esaminando non sono in effetto che evoluzioni dell'azione penale.

cioè di grave natura, soggiaccia alle medesime leggi: e con certe condizioni, anche se il reato è meno grave (a).

184. Ma verremo al nostro soggetto diretto, e parleremo dello straniero.

Il tema può essere esaminato sotto due aspetti, in quanto al principio in se stesso, in quanto alla sua esecuzione.

La prima parte si suddivide, rispetto ai reati che attaccano direttamente o indirettamente la esistenza dello Stato; e rispetto a quelli che offendono un individuo della nazione.

Certamente il primo è un diritto di difesa: un diritto necessario: il secondo che tiene alla protezione dell'individuo, benchè abbia sino ad un certo punto lo stesso carattere di difesa, è più difficile a comprendersi.

185. La potenza legale dello Stato estrinsecandosi ed uscendo dai proprii confini, intende certamente ad attivare il principio della necessaria difesa. È manifesto nella scelta dei titoli. Deve trattarsi di crimini *contro la sicurezza dello Stato* (b), o *di contraffazione del sigillo, delle monete, cedole, obbligazioni dello Stato* (c). Il colpevole avvelenò le sorgenti della sua vita morale; ebbene: egli è trattato come un nemico.

La difesa difatti implica il diritto di respingere la offesa: il diritto della guerra non è mica una cosa diversa.

La giustizia però di questo, piuttosto motivo che ragione, non è del tutto soddisfacente. È il fatto d'una parte: di una parte che si vendica, o presso a poco. È d'uopo trovare un rapporto giuridico fra il colpevole e la legge dello Stato. È la offesa stessa che stabilisce il rapporto. L'azione, come male intrinseco e come oggetto, è perfettamente conosciuta dall'agente: come *male* che non lascia un momento la coscienza in dubbio sulla giustizia della sua punibilità: come *oggetto* di un dato genere di male, contro una data persona che è precisamente quello Stato che il delinquente ha preso di mira, e contro il quale avventa i suoi colpi o trama le sue insidie. Ecco lo stesso delinquente messosi in rapporto collo Stato e colle sue leggi, la cui esi-

(a) Le condizioni dell'art. 6° sono: 1° la querela se *il delitto* sia commesso a danno di un regnicolo; 2° la reciprocità del trattamento, se a danno di straniero.

(b) Descritti nel capo I e II, del libro II.

(c) Moneta anche estera, avente corso legale nello Stato. Carnot.

stenza di natura punitiva e repressiva era un ammonimento persistente e inutilmente salutare della sua stessa coscienza.

186. La legge francese si fermava qui: noi ci siamo spinti più avanti. Abbiamo scritto gli art. 8 e 9. (V. nota al § XXXVI).

Abbiamo voluto responsabile lo straniero verso le leggi del nostro Stato per crimini di carattere onninamente privato, come sono quelli descritti dall'art. 546 al 600, del Codice penale, commessi contro uno statista. Lasciamo per un momento (e se ne parlerà un po più sotto) come possa aver luogo la esecuzione; noi però in realtà abbiamo fondato il rapporto giuridico della penalità nella qualità d'italiano che lo straniero offese col suo reato (a). Siamo passati dal soggetto attivo al soggetto passivo del reato invertendo il principio della giurisdizione e della punibilità, e siamo costretti ad appoggiarci ad un altro principio, quello della protezione del cittadino, estesa su tutti i punti del globo. Qui non si tratta di vedere confessata nella natura stessa del reato la ragione di punire che ha lo Stato contro il quale si rivolge la offesa; e che in sostanza costituisce il fondamento della obbligazione penale dello straniero, come di sopra si è osservato. Per verità il ladro che spoglia l'ignoto viandante fra le steppe della Siria, non sa e non comprende ch'egli offende le leggi penali del regno d'Italia, e sarà ben sorpreso di vedersi, approdando a Genova o Livorno, arrestato per quel fatto del quale avrà risposto o non avrà risposto alla giustizia del proprio paese. Non s'intende bene come s'incorrano obbligazioni di natura penale verso uno Stato qualunque, senza avere in qualche guisa percepito il nesso che ha la nostra azione colla personalità di quello Stato; per comprendere che si offesero le leggi penali del regno d'Italia bisognava almeno sapere che quel viandante è un italiano, giacchè in presenza di una cognizione che influisce sugli effetti della nostra azione noi possiamo sempre arrestarci e pentirci. La scienza ha una logica che non perdona neppure alla utilità che uno Stato può pure promettersi da somiglianti disposizioni.

187. L'austerità, la chiamerò così, di questa disposizione potrebbe credersi temperata dall'art. 10. (V. la sopraindicata nota): ma ciò non riguarda il principio; troppo sarebbe il gravare di due giudizii

(a) Un'altra varietà che abbiamo portata in aggiunta (vogliamo semplicemente ricordarla perchè non ci sfugga il nesso che siamo costretti riportare nel § seguente), si è la disposizione dell'art. 6°, in cui si dichiara punibile il *regnicolo* che ha commesso *un crimine contro uno straniero*, in territorio estero.

e di due pene un solo reato, e il non tener conto di una cosa giudicata più che legittima sull'identico soggetto. Ma all'art. 10, non basta il giudicato; vuole la condizione copulativa della pena scontata. Se la pena non è scontata, o lo è solo in parte, noi condanneremo un'altra volta quel colpevole? (a) Ciò sembrerebbe risultare dalla lettera dell'articolo. (Ma vedi più avanti § seguente in fine).

188. All'incontro l'articolo 8, contiene la propria dimostrazione. (V. nota come sopra). Il suo spirito è *la estensione ideale del territorio nazionale* in una linea terrestre, come superiormente fu vista in una linea marittima, per causa di sicurezza.

Secondo l'articolo 8, i reati della natura di quelli che sono segnati dall'articolo 526 a 600, del Codice penale (b), consumati nel giro di mezzo miriametro dai confini dei regii Stati, si hanno come consumati nel territorio. Il territorio prossimo ci appartiene non già *jure dominii* in alcuna maniera, ma concettualmente e mentalmente onde fabbricarvi una teoria ragionevole di diritti. A parte la moltitudine d'interessi che dagli ultimi lembi della periferia rifluiscono sul corpo dello Stato e richiedono una protezione speciale, a noi è necessario che i paesi circostanti e che toccano il nostro, non siano fatti nido e covo di grandi malfattori, pronti sempre a gettare al di qua della linea l'esterminio e la strage, per ricoverarsi ben tosto in un paese neutro ove non possiamo inseguirli.

Vuole ancora l'art. 8, che *trasportando il colpevole nei regii Stati denaro od effetti depredati*, sia soggetto allo stesso giudizio o punizione da qualunque distanza sia partito. Qui si rientra nel dominio di un altro principio; non è la estensione della giurisdizione per causa di sicurezza ma è il contenuto della stessa giurisdizione che si esercita permanentemente su coloro che delinquono nel territorio: o con oltraggio e contaminazione non minore vi portan dentro i frutti del delitto, e vengono a raccogliervi i risultati, che equivale alla consumazione dello stesso delitto.

(a) Se ne offrirà la consegna primieramente allo Stato di cui è suddito l'accusato; che potrebbe non riceverlo, o forse non si potrebbe offrire non esistendo relazioni amiche o tollerabili con quello Stato.

(b) *La depredazione che ha carattere di grassazione colle circostanze più o meno aggravanti portate dall'art.* 596, è la somma dei reati contemplati negli art. 8 e 9.

## § XXXVII. — *Continuazione.*

### Istituti d'ordine. — Procedimento.

189. Tutto ciò che abbiam detto fin qui appartiene al concetto ideale che ricerca i modi della sua attuazione per non rimanere in perpetuo allo stato d'idea astratta.

I nostri ordini esecutivi variano, com'è ben chiaro, secondo la natura dei diritti che noi esercitiamo sui soggetti colpevoli. La legge ripete costantemente questa formula che esprime la pienezza della sua giurisdizione — il regnicolo, lo straniero *sarà giudicato e punito* — mostrando che non si restringerà all'arresto o al procedimento. Sono a notarsi tre modi coi quali la giurisdizione si rende effettuabile rispetto alle persone dei giudicabili.

*Il regnicolo* che avrà commesso in estero territorio un crimine contro la sicurezza dello Stato, o di contraffazione del sigillo, ecc., (articolo 8), è giudicato e punito abbenchè non rientri nello Stato, vale dire può esser giudicato in contumacia. E questo è il primo modo.

Come la importanza del reato comincia ad attenuarsi alquanto, lo Stato, che a dir vero nei reati che direttamente lo riguardano stipula i proprii vantaggi, è meno avaro di guarentigie al giudicabile. Così rapporto ai reati commessi *dal regnicolo* contro un *regnicolo* o contro straniero che non siano della prima categoria, non è giudicato *se non rientra* (*in un modo qualunque*) nei regii Stati: vale dire dev'essere presente. Dipende adunque quasi sempre da lui il venirsi a sottoporre alla giurisdizione del suo paese, equivalendo tale condizione alla pena dell'esilio semplicemente. E questo è il secondo modo (a).

(a) Ma il ritorno de'esser *volontario*, spontaneo? può dirsi un ritorno l'essere spinto sulle nostre coste da venti contrarii, o da una forza qualsiasi, contro la volontà dell'emigrato? Gli scrittori francesi ne fecero un tema non lieve di questione, ed anzi l'umano Portalis, immaginando emigrati naufraghi sulle coste della Francia, respinse la idea del ritorno, perchè i naufraghi, ludibrio delle onde, non hanno volontà. Carnot all'art. 7° (*Cod. d'instruct.*), e forse altri dividono questa opinione. Io penso che il 6° dei nostri articoli, che sembrano meditati, abbia posto con intenzione quella frase, *in qualunque modo*, nè credo poi che a mal-

190. Il terzo modo è il diritto che lo Stato eserce *di arrestare* lo straniero colpevole dei reati preveduti dagli articoli 7, 8 e 9. Il procedimento e il sequestro della persona, sorpresa sul nostro territorio, atto di forza e di forza legittima, costituisce alla giurisdizione giudiziaria il titolo di fatto per sentenziare il colpevole. Il *possesso* della persona, parlando dello straniero, è ragguagliato, per questo rapporto giuridico, al rapporto di naturalità che attribuisce competenza alla giurisdizione locale sopra i nativi. Questi potrebbero senza personale apprensione venire giudicati dai tribunali del paese, in contumacia eziandio benchè mai non ritornassero, secondo l'art. 5. Ma, reputando che l'esilio che si è imposto, rigidamente osservato, gli valga a pena; o che il minore pericolo dei reati della categoria di quelli avvisati nell'art. 6, a confronto dei precedenti, sia cagione di modificare alquanto il rigore della legge (il che pure si comprende nella facoltà di diminuire la pena di un grado), la legge ha così disposto. Il *rientrare* però nello Stato è quel solo che si richiede, non il rimanervi, non l'essere posseduto dalla forza legittima. E difatti il *regnicolo* deve anche rispondere di semplice delitto *se la parte offesa ne porti querela* (art. 6), nel qual caso non sarebbe, per solito, preventivamente arrestato; nè la sua fuga, dopo rientrato nello Stato, renderebbe migliore la sua condizione giuridica.

191. Lo straniero che, venuto a delinquere nel nostro Stato cade sotto la censura delle nostre leggi penali non può invocare quelle maggiori garanzie che godono i giudicabili nel suo paese: onde, come dice Ranter, l'inglese processato in Francia non potrà sostenere ch'egli dev'essere, nella sua qualità d'inglese, giudicato da un giurì metà francese e metà inglese: eccetto che simile uso non si osservi in Inghilterra rispetto al francese. Così siamo venuti sul terreno della *reciprocità*.

Può risultare da trattati o da consuetudini. La reciprocità limita lo sviluppo della nostra giurisdizione per un motivo d'indole unicamente ed esclusivamente internazionale, e non già per un sentimento di protezione verso i cittadini del nostro paese. Se il francese è giudicato da un giurì composto metà di suoi connazionali, mentre

fattori di prima classe abbiano ad usarsi quelle mitezze interpretative di cui sogliono esser degni gli emigrati politici, certo essendo che, sul coloro capo rimase sempre pendente la spada della legge, la quale non ha altro scopo fuorchè di assicurare il fuggiasco che non sarà giudicato, se non presente.

l'elemento indigeno occupa l'altra metà, non è in Francia, o in Italia, che il legislatore si possa credere superato da questa od altra istituzione straniera; egli deve credere invece, ed è obbligato in coscienza a crederlo, che le sue leggi non siano inferiori di provvidenza e di bontà ad altre, quali che siano. E se l'inglese ama di esser giudicato in quella forma, tal sia di lui, egli lo reputa un beneficio, noi non glielo contrastiamo; il concetto non è nostro, ma riceve ospitalità in casa nostra.

Il trattamento adunque che noi facciamo agli stranieri, quantunque rigoroso, è pieno di equità; e i nostri fatti di azione, ossia i nostri procedimenti, non mescolandosi nella effettuale giurisdizione degli altri Stati, in tutto la rispettano. Noi attendiamo lo straniero sul nostro territorio medesimo; non abbiamo fatto un moto per tirarlo a noi; egli si trova cinto dal potere di quella legge che ha violato: nulla di più giusto. Non c'imbatteremo mai ad oppugnare o limitare la giurisdizione degli altri Stati sul suo terreno naturale.

**192.** Si disputò in Francia, nelle aule stesse dei legislatori, se a punire lo straniero pei reati contemplati nell'art. 6 del loro *Cod. d'instruct.* (corrispondente al 7° del nostro Codice penale), fosse necessaria condizione che i reati in cui ebbe parte più o meno attiva o diretta, avessero *de suite* in Francia. Cambacérès diceva: cos'è la contraffazione delle nostre carte di credito senza di ciò? un uomo di un altro paese, per curiosità o per vezzo, piglia ad imitare le nostre cedole, poi abbandona e cancella il suo lavoro: questo che fa a noi? L'attentato ci nuoce allora che quello straniero avrà spinte in circolazione in questa terra francese le sue cedole e i suoi falsi biglietti: ovvero siasi presentato personalmente in paese poichè dalla sua presenza argomenteremo la sua intenzione malvagia. Il Beranger che non aveva fede in tale dottrina, osservò in qualche altra seduta, molto accostandosi al vero, non essere esatto il dire che il reato non nuoce in Francia perchè non fu ivi continuato; un falso messaggio potrà indurre in inganno il nostro ambasciatore; la falsa moneta messa in giro nell'estero screditerà la nostra. Generalizzandosi, e tenendosi alla ragione di diritto dominante in materia di falso, si poteva teoricamente stabilire, che la potenza di nuocere basta; che il circoscrivere gli effetti del falso alla sua apparizione nella cerchia in cui viviamo, è isolare la nostra nazione dal consorzio delle altre; è concentrare nel territorio materiale della Francia gl'interessi di tutti i Francesi;

è il considerare come estranea ai più vitali interessi del nostro paese, la violazione della materia documentale che assicura allo Stato la forza de' suoi comandi; ai cittadini, in qualunque parte del mondo siano o abbiano affari, la santità del diritto.

E questo senso, senza dubbio alcuno, deve attribuirsi al nostro articolo 7 (a).

## § XXXVIII. — *Continuazione.*

### *Osservazioni sull'art.* 10 *del Codice penale.*

193. Si è notato in qualche parte di questo discorso che la giurisdizione penale dello Stato limita se stessa ove risulti che — *i colpevoli siano già stati giudicati definitivamente nel paese in cui commisero il reato, e vi avranno, in caso di condanna, scontata la pena.* — Un'avvertenza posta alla nota § XXXII, conchiudeva che la nostra legge promette bensì di voler rispettare la cosa giudicata per ogni ragione di delitti privati (b), che si commettono dai *regnicoli* a danno di *regnicoli* o *stranieri*, e viceversa nei casi considerati negli art. 8 e 9: ma si riserva di trattare colla più completa indipendenza da qualunque giudicato estero i fatti che interessano direttamente e obbiettivamente la sicurezza e il credito dello Stato (c).

Negli altri casi il pronunciato della giurisdizione straniera, condannatorio o assolutorio, sarà ricevuto colla osservanza della cosa giudicata; e nuovo procedimento non potrà istaurarsi.

Ma andò intorno una opinione, preludiata dal Carnot e seguita anche dal nostro autore (dell'opera, n. 70), non potere il giudicato

(a) Ha osservato il Mangin. « La rédaction de l'artic. 6°, n'est *pas bien nette*, perchè non è scritto che *si dovrà* processare o arrestare lo straniero, ecc., ma *l'on pourra* ». Vi saranno adunque dei casi nei quali questa legge non sarà applicata. Uno dei casi è l'averci fatto quello straniero una giusta guerra nell'interesse del principe suo. E facilmente s'intende. Il Mangin ribatte con ragione una opinione di Carnot che la facoltà fosse non già dei tribunali, bensì del governo. L'espressione per altro *è nettissima* e non poteva essere diversa per significare la facoltà che hanno i tribunali.

(b) S'intende sempre di quelli contemplati in codeste speciali disposizioni del Codice.

(c) Risulta dall'avere il Codice sottratti gli art. 5 e 7, dalle disposizioni degli art. 6, 8, 9: discretiva luminosissima.

straniero avere eseguimento in Francia, se il *regnicolo*, evaso alla punizione, fosse rientrato per godervi la sua impunità. Cattiva sentenza, io credo, poichè quel medesimo rispetto che si professa alla cosa giudicata impone ch'essa sia eseguita lealmente da parte nostra (a). Io penso che abbia voluto alludere a questo l'art. 10, richiedendo alla piena libertà dell'individuo che noi, offesi, scrivemmo nella lista dei colpevoli, o la riportata assoluzione finale, o l'espiazione della pena se fu condannato. Che si tratti di autorizzare la esecuzione di un giudicato estero, o piuttosto di limitare la nostra stessa giurisdizione (concetto che basta a far sentire la distinzione) poco importa sottilmente ragionare; ma può concludersi francamente che se il condannato non ha scontata la pena, o l'ha scontata solo in parte, il rifugio in patria non sarà per giovargli, e dovrà per quanto rimane, subire la pena in un modo conforme o proporzionato che gli stessi tribunali potranno determinare.

194. Per altro a chi discorre questo subbietto si presenta una contingenza gravissima, ed è: se la giustizia del nostro Stato sia vincolata a subire la decisione del tribunale estero, quando anche la pena eccedesse in modo straordinario la misura di quella che per noi sarebbe stata applicata in quel caso *al regnicolo*. Ognun vede che non si tratta soltanto di conciliare alcune disposizioni del Codice ma di porsi al di sopra di esso.

Può figurarsi agevolmente che un individuo del nostro paese, commesso un reato di quelli previsti dall'art. 6, contro uno straniero, sia stato condannato a morte; poi sia fuggito nel loco nativo. La osservanza rigorosa della cosa giudicata esigerebbe che noi, senza esaminare la intrinseca questione, ciechi ministri della giustizia altrui abbandonassimo la sua testa al carnefice. Suppongo che la pena di morte esista nel nostro Codice. L'autonomia di uno Stato è inalienabile: esso non può rinunziarvi. Tutto che concerne la esecuzione dei giudicati esteri, è subordinato al principio della incolumità del diritto pubblico nel quale viviamo. E così avviene, com'è noto, nella esecuzione dei giudicati civili. È possibile che la sentenza di morte, pronunciata al di fuori, con un processo a noi ignoto, per cause che non possiamo bene apprezzare nel rapporto subbiettivo, sia da noi fatta eseguire, e fatto eseguire alla cieca e senza cognizione di causa?

(a) Colle restrizioni però che vengono appresso.

Giova metterci sott'occhio le conseguenze evidentemente enormi di un dato criterio giuridico per ravvisarne la inapplicabilità generale; mentre per lo più, nei casi mezzani, e nelle distanze brevi, vi è minor luce d'intuito. E in vero ciò che dicesi in tanta gravità di contingenze, deve dirsi eziandio nei casi molto men gravi: ne fingo uno quale mi viene alla mente. La legge criminale pontificia condanna inesorabilmente alla pena dai tre ai cinque anni di opera pubblica. (corrispondente presso a poco alla nostra reclusione) il portatore di un arma del genere delle vietate: il nostro articolo 457, punisce questo stesso reato col carcere estensibile a mesi tre, ovvero con una multa. Un altro caso. La legge criminale pontificia punisce l'adulterio colla pena di 5 a 10 anni di galera (lavori forzati): la nostra, condanna la moglie adultera al carcere di tre mesi estensibile ai due anni. Io sono convinto che noi non potremmo mandare ad esecuzione siffatte condanne: ma che, tenuta ferma la base, la pena sarebbe nuovamente decretata a norma delle nostre leggi.

E in questo consiste il rispetto della cosa giudicata che trapela dall'art. 10; consiste nel non riassumere e giudicare una seconda volta la causa di merito, la questione della colpabilità (a). La pena espiata è un fatto irrevocabile; non possiamo noi accordare una restituzione in intiero, non cassare quella sentenza. Ma qualora si trovi ancora riparabile, o in tutto o in parte, deve farsi. Non possiamo noi approvare e sanzionare col fatto nostro una pena esagerata, eccessiva, nelle relazioni del Codice penale: effetto naturale, spontaneo, logico di ogni giurisdizione che quando si muove per esercitarsi come diritto, si pone nello stesso tempo come dovere per ritirare nelle più miti disposizioni proprie la soverchiante penalità delle legislazioni aliene.

Ma se la materia stessa del reato, che in altre leggi è oggetto di punizione, per le nostre mancasse, è aperto per le dette cose, che l'altrui sentenza non avrà seguito nel nostro Stato. Lo stupro semplice e consensuale in alcuni paesi è punito, in altri no: il duello similmente.

Vi sono in particolare dei fatti che, quando sono apprezzabili come reati, si presentano misti di moralità e di politica; e per lo più l'elemento politico, soverchia pianta che lussureggia nei giar-

(a) Eccettuato il caso che vengo a dire.

dini del dispotismo (a); e che i paesi di libertà rigettano. Sentenze di condanne per simili titoli, che noi non riconosciamo quai reati, dovranno forse eseguirsi? (b).

E questo dimostra la necessità di esaminare la sentenza; e dove il pubblico Ministero ritenuta nella sua opinione siffatta condizione di cose, ecciti la giurisdizione competente, il giudizio sarà reso come *ex novo*, per l'applicazione della penalità.

Pertanto il disposto dell'art. 10 (Codice pen.), involve due forme, l'una delle quali è il contenuto suo proprio, e l'altra sottintesa e compenetrata nel suo spirito. Quanto all'apprezzamento, rispetto alla cosa giudicata, se emanò da giudice competente, perchè rifare il giudizio per un reato commesso all'estero, e in luogo e tempo, chi sa quanto lontano! Ad ogni modo non si potrebbe. Attributo non mai abdicato, ma sempre conservato, si è di esaminare la questione del diritto. Insomma nel giurì straniero abbiamo fede se le formalità volute dalla giustizia del paese furono osservate; non accettiamo la dispositiva penale se non in quanto non ecceda la misura o non alteri il carattere della nostra legge penale.

195. Tutto qnesto ci sembra evidentemente giusto, rispetto alla persona del cittadino. Qual giustizia si farà allo straniero, colpevole dei reati di cui parlano gli art. 8 e 9, che è venuto sul nostro territorio e vi fu arrestato?

*Prima ipotesi*. Lo straniero è già stato giudicato dai suoi tribunali.

La sentenza non può essere riveduta dai nostri. Noi che tiriamo questo straniero nell'orbita della nostra giurisdizione unicamente in vista del nostro interesse, legittimo finchè volete, abbiamo un vero dovere di rispettare la decisione dei suoi giudici naturali. Noi possiamo supporre ch'egli abbia goduto di tutte le guarentigie di cui si circonda la giustizia del suo paese. Qui sentiamo troppo nella coscienza che la nostra ginstizia non potrebb'esser che supplementare. Se la pena non sarà espiata, o lo sarà solo in parte, seguendo l'analogia dell'art. 9, *ne sarà offerta la consegna al governo da cui dipende*,

(a) Esempio, *le manifestazioni sediziose* del Codice penale Toscano, lavoro d'altra parte per molti rispetti pregievolissimo e degno di essere studiato.

(b) Quest'avvertenza non è strettamente relativa al soggetto che trattiamo, mentre per tenerci ai termini delle previsioni portate negli art. 5, 6, 7 bisogna supporre la penalità della materia. Del resto l'ulteriore osservazione completa la teoria generale.

o, condannato, sconterà la pena nelle nostre case di forza in una proporzione d'intensità e di modi che potrà decretarsi.

*Seconda ipotesi*. Lo straniero non è stato giudicato dai suoi tribunali.

Come pertinente alla nostra giurisdizione sarà giudicato in perfetta conformità delle nostre leggi (*a*).

## § XXXIX. — *Cosa giudicata da tribunali esteri sulle riparazioni civili.*

(Mangin, *Compendio*, n. 36, nota).

196. L'art. 10, è decisamente una limitazione del diritto autonomo della giurisdizione del paese. Tale fu giudicato in Francia l'articolo 7. Quello che importa è determinare la portata del limite. Pone la teoria spiegata nel § precedente che la giurisdizione dello Stato deve accettare *il fatto compiuto*, perchè irreparabile, perchè la prevalenza attribuita alla giurisdizione straniera sul cittadino stesso del nostro Stato che consumò il reato nel suo territorio, è scritta nelle nostre leggi e ha solido fondamento nel concetto della giustizia universale. Se qualche parte resta a compiersi, se la pena non fu scontata o non lo fu che in parte, la giurisdizione di merito non ritorna sulla questione di apprezzamento, ma rivede la pena. Così la nostra giurisdizione è limitata, non esautorata, come altri pretende.

197. Ora siamo in faccia alla questione civile. La riparazione dei danni-interessi può essere espressa o tacita conseguenza della decisione straniera. Colui che fu condannato per ladro, sia o no dichiarato ch'egli deve emendarsi alla parte derubata, l'obbligo non è meno certo, meno procedente dal giudicato. Si domanda, se questo giudicato formi al danneggiato civile un titolo per se stesso valido e incondizionato onde conseguire la emenda dei danni-interessi contro il condannato, che supponiamo sempre uno statista.

(*a*) Vedi Pescatore. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale. Vol. I.* Torino, *Unione Tipografico-Editrice* 1864. Mi riporto a questo insigne autore per quanto la mia trattazione fosse in difetto. Ho seguito le mie ispirazioni, ma mi sono trovato d'accordo con lui specialmente nelle questioni principali. Parte II, capo II.

Si deve rispondere negativamente, per le ragioni dette dal Bourguignon e riferite anche dal Mangin. Le prove, egli dice, che si fanno risultare da procedure e giudicati stranieri non hanno presso di noi un valore assoluto, un'autorità legale.

Evidentemente qui il principio autonomo riprende tutta la sua forza perchè le nostre leggi penali non gli fanno ostacolo nè l'art. 10, può essere applicato. Ma si entra facilmente in un'altra disposizione che appartiene all'ordine civile. In quella dell'art. 683, del Cod. di proc. civile (941 del nuovo Codice).

Può domandarsi la esecuzione del giudicato per quanto riguarda le condanne civili; e in questo medesimo fatto si esercita la nostra sovrana autorità poichè possiamo accordarla o non accordarla; e l'accordiamo in virtù di leggi da noi medesimi create e che possiamo abrogare.

198. Hanno ugualmente il conseuso degli scrittori (a), queste due regole: 1° che non si dà esecuzione, generalmente parlando, alle sentenze criminali proferite in altro Stato; 2° che si può concedere, secondo le proprie leggi, per gli effetti civili.

Due avvertenze non fatte dagli scrittori sono necessarie.

Se la sentenza criminale fosse di quelle che i tribunali dello Stato hanno diritto di rivedere nel fondo (riferendoci alle sopra poste teorie), è manifesto che, in nessun caso avrà più luogo quella che si chiama esecuzione di un giudicato estero ai termini della nostra procedura civile. I nostri tribunali criminali, impossessandosi delle sentenze, donatemi questa frase, troverebbero che la penalità applicata è giusta o non è giusta; la decisione rientrando nella cognizione nostra, deporrebbe il suo carattere straniero, e non avrebbe d'uopo di altri ordini esecutivi (b).

(a) Richer, Martens, Klnber, Story, Mangin, Foelix, Schmalzing, Weaton, ecc.

(b) Non mi sono occupato e non mi occupo se e come la procedura abbia provveduto a questa, assai rara ma possibile contingenza: peraltro a fronte di principii d'ordine superiore e quindi invariabili, non mancherà il termine di applicazione.

Le condanne accessorie che hanno carattere di pena, le ammende, le multe, ecc., non ricevono eseguibilità colle norme civili.

Scontata dal regnicolo la pena principale, è liberato dalle accessorie non ammesse dal nostro diritto pubblico, la morte civile, la confisca dei beni, ecc. FOELIX, *Droit Internat.* p. 574.

E se la decisione straniera, divenuta irrevocabile, non portasse espressa la condanna alle riparazioni civili?

In tal caso, io credo, non si tratterebbe di esecuzione; ma l'azione civile dovrebbe intentarsi avanti i tribunali civili ove la sentenza di condanna potrebbe aver virtù di un documento assai notevole, non però di prova irrefragabile.

## § XL. — *Del diritto della estradizione. Principii e caratteri generali*

(MANGIN, *Compendio*, n. 40, *bis*).

199. Non è ancora arrivato, e tarderà molto, il periodo fortunato della fraternità gratuita delle nazioni, della fraternità dell'amore. Sono ancora gl'interessi che ne fanno le veci. Sono male intesi gl'interessi che dissociano, che disgregano i popoli, che li gettano nell'isolamento, che li spingono a farsi la guerra. La civiltà calcolatrice, ha dato ai sentimenti egoistici una piega convergente; si è capito che per aver bene bisogna farne: la civiltà ha partorito gl'interessi bene intesi. La prima cosa è di non separarli da quelli degli altri: l'associazione moltiplica le forze. L'associazione delle nazioni può considerarsi acquisitiva o difensiva. Il commercio e le sue leggi che mettono a così dire in comune, nell'interesse universale, le facoltà economiche dei popoli e le audaci e sapienti arti del guadagno: gl'istituti penali, non tecnicamente considerati, ma appresi nella loro finalità come tutela degli ordini stabiliti, e garanzia degl'interessi di tutte le specie. Quello che vi ha di più sublime nella idea della giustizia non bisogna cercarlo in codeste relazioni internazionali. Il fondamento degl'interessi, dispiace il dirlo, è forse più solido perchè in questo campo le opinioni non si dividono, e la esperienza che se ne fa è sempre quella.

200. Tuttavia gl'interessi legittimi e degni di protezione ai quali alludiamo, appaiono più o meno onorevoli secondo la natura loro più o meno materiale; e in quanto i bisogni dai quali emanano, siano di un ordine più o meno elevato. Gl'interessi del commercio, gl'interessi della giustizia, non possono invero confondersi. Quelli si concepiscono come la conservazione o l'accrescimento del nostro ben essere materiale; noi seguiamo un istinto che si nobilita col gene-

ralizzarsi e col produrre a forze riunite un risultato di bene pubblico, ma la sua radice è ignobile e facilmente si perverte. Gl'interessi della giustizia, eziandio sentiti sotto forma di bisogno materiale, sono costretti ad apprezzare le cause che danno alla protezione da essi invocata il suo legittimo imperio; a riconoscere le leggi dell'ordine, e la necessità che ha il mondo sociale di convivere nel diritto. Già è sempre l'interesse che implora la giustizia, e lo abbiam detto altre volte perchè non siamo noi che vogliamo adulare la umana natura e speculare sistemi basati nel vuoto. Ma quand'anche la giustizia non si ami per sè, come oggetto, come un bene proprio, come una pura aspirazione della intelligenza, non è men vero che quando la giustizia stessa, invocata, comparisce si attua e funziona, essa regna nella indipendenza, si porge come un beneficio, non assorbe nulla delle passioni sulle quali siedeva o degl'interessi che l'hanno invocata e fatta nascere (a).

201. La giustizia sociale nel suo più esteso concetto: ecco la estradizione.

202. La estradizione è la negazione del diritto di asilo.

L'asilo fu nelle barbare età un sentimento e una provvidenza, e quantunque divenuto inconcepibile nei tempi di civiltà inoltrata, rappresentò almeno successivamente, idee grandi e diverse: gli arcani diritti della religione; la compassione che hanno della sventura uomini e dei; la possanza individuale (b), il sussidio necessario prestato alla giustizia impotente. Chi facesse la storia curiosa del diritto d'asilo potrebbe svolgere codeste fasi importantissime, occupando quasi totalmente lo spazio della storia generale, dalla antichità più vetusta sino ai giorni nostri, sino al secolo scorso, sino al presente in qualche paese ove regna il diritto canonico e la immunità ecclesiastica.

Il diritto d'asilo trae qualche cosa di commovente dalla stessa parola. Essa si traduce facilmente in questa formula — la sventura protetta dalla santità del luogo. — È inutile replicare: colui è uno scel-

(a) Chi si avviene su questa parte del libro, non riportando la proposizione alle dimostrazioni precedenti, potrebbe trovarla oscura o forse colorata di poesia. Nulla invece di più semplice di questi due teoremi che — *la legge penale nasce dall'interesse per temperarsi colla giustizia — che la giustizia astrae dagl'interessi e si esercita nella pura coscienza del diritto.* (V. §§ XII, XIII, XIV).

(b) L'asilo che i baroni nei loro dominii concedevano ai malfattori d'ogni risma e d'ogni ragione.

lerato. Prostrati agli altari, nel supplice amplesso delle sacre immagini, non vediamo che degli infelici. Quell'estremo rifugio a chi è abbandonato d'ogni soccorso sopra la terra, non dev'essere implorato invano. La religione cristiana non doveva esser meno pietosa della pagana. « Fideli devotaque praeceptione sancimus, nemini licere ad sacrosanctas ecclesias confugientes, abducere ». (*L.* 2, *Cod. de his qui ad eccles.*).

Se il *confugium* ha un senso venerando, presenta altresì lo spettacolo della confessione angosciosa, della più profonda umiliazione, della più squallida miseria, della impotenza stessa del colpevole. Contutto ciò l'asilo religioso era un concetto evidentemente falso e calunniava insieme la religione e la giustizia, facendone due potenze l'una contro l'altra armate e nemiche. Si può rispondere che giustizia vera non si facea; che la religione sottraeva delle vittime a prepotenti vendette che della giustizia non avevano neppure le forme. La quale ragione essendo verissima, ne segue di fatti che, rinascendo in tempi migliori la fiducia nella giustizia, quantunque le opere sue fossero molto imperfette, il privilegio dell'asilo in molti luoghi disparve, e nei paesi teocratici fu ad intervalli moderato, ristretto, e sostenuto con minor forza (*a*).

È da notarsi che fin qui non abbiamo descritto che l'asilo *particolare*, come lo chiamano, inerente a un dato luogo, a un dato simbolo religioso o maestatico. È questo propriamente il diritto d'asilo, instituito *pietatis causa;* che si mantenne troppo lungamente, e si mantiene ancora, di diritto almeno, in qualche paese, per aver subito nella sua ideologica una vera trasformazione.

203. È diventato un concetto politico; e in questo senso si trovò conciliabilissimo colla stessa giustizia. Serbare incolumi i diritti della costituzione ecclesiastica a fronte del poter civile: ecco ciò che si è voluto. La potestà ecclesiastica non è avara di fargli la consegna del rifugiato, purchè non si penetri nel luogo sacro, purchè non si pretenda come diritto. La consegna è spontanea, e proviene da un atto di sovrana giurisdizione. Ma l'argomento è omai ridotto ad una specialità insignificante per la scienza: quello che più importa è l'altra specie di asilo che chiamasi *generale*.

(*a*) Da Innocenzo XIII, a Gregorio IX, il diritto d'asilo provò una sensibile riduzione, essendo state escluse certe categorie di misfatti; ma potrebbero notarsi delle recrudescenze nei tempi posteriori.

204. Non è che il diritto territoriale: la libertà politica degli Stati. Il territorio straniero accoglie lo straniero e gli concede protezione e asilo inviolabile per una mera facoltà della sua costituzione, non mai in nessun caso come un obbligo verso di lui. *Diritto d'asilo* non c'è. Vi sono nel diritto pubblico di certi paesi, detti eminentemente liberi, dei principii che mantengono piena franchigia agli stranieri, purchè non commettano fatti punibili dalle leggi dello Stato. Quei paesi negano la estradizione in nome del principio di libertà sostituito a quello di giustizia.

Pertanto l'asilo *particolare* aveva l'odioso carattere di privilegio e di eccezione alla giustizia dello Stato; l'asilo *generale*, lungi che sia un privilegio o una eccezione, è la stessa libertà; diritto prezioso per gl'imputati politici, ma che noi riputiamo funesto quando è largito ai malfattori comuni.

205. La *estradizione* è adunque per noi un atto di giustizia.

« La *extradition* (ha detto Mangin e dicono tutti) est l'acte par lequel un gouvernement fait arrêter sur son territoire le prévenu d'un crime commis sur un autre territoire et le livre à la puissance qui le reclame afin de pouvoir le juger ou le punir ».

206. La sovranità della nazione si manifesta in questo atto come nella protezione accordata allo straniero, ma risponde a un più alto grado di civiltà. La civiltà tende a riunire le forze intellettuali e morali delle genti umane per camminare d'accordo verso i grandi destini a cui sono avviati dalla provvidenza. La libertà illimitata concessa allo straniero sul nostro territorio, non è la vera libertà giuridica: è piuttosto un privilegio restrittivo della libertà giuridica. Finchè teniamo sacri e venerandi questi principii, che la repressione dei misfatti protegge la libertà del vivere giuridico, e che la giustizia penale ricostituisce sotto forma di retribuzione il legittimo imperio del diritto, non potremo mai convenire che la protezione di un gran delinquente contribuisca alla libertà generale.

L'ospitalità delle nazioni libere, tanto vantata, fu in grandissimo pregio quando la giustizia imperfetta nel concetto, nelle opere disordinata e variforme, non inspirava la fiducia degl'individui, non quindi quella dei popoli; quando i beneficii di una giustizia universale e comune non si erano ancora compresi; quando gli stranieri si chiamavano barbari; quando le alleanze erano ignote; quando finalmente la potenza delle nazioni si riponeva nell'orgoglio e nel fare da sè.

207. Si domanda in nome di quale principio giuridico, lo Stato può metter le mani sulla persona di uno straniero rifugiato sul suo territorio, in cui visse innocuo, per un delitto che non lo riguarda; e consegnarlo ad un altro Stato perchè ne disponga secondo la severità dei suoi giudizii. S'intende che l'accordare o il negare ospitalità sul proprio territorio sia nel diritto dello Stato: ma la conseguenza semplice sarà che lo straniero può essere respinto, espulso, impedito di ritornarvi. Ci vuole qualche altro nesso di ragione per legittimare quel più che si opera colla estradizione.

Grozio, il sommo pubblicista dell'età sua, ha detto che il fuggiasco delinquente è obbligato colla società generale a comparire in giudizio per render conto delle sue azioni. Ciò inchiude che il delinquente è obbligato a pentirsi, a riconoscere il suo fallo, a correre spontaneo in braccio alla pena. Non sono queste le idee che prevalgono nella scienza moderna. La spontaneità del pentimento e della espiazione appartiene alla sublimità della morale. La giustizia non domanda degli atti di virtù all'accusato; rispetta anzi i suoi naturali diritti, abborre da ogni coazione morale, agevola i suoi mezzi di difesa. L'Helie, che è splendido in questo luogo, senza essere profondo ( *Traité de l'action* numero 927, 928 ), dal canto suo considerò che non si tratta già delle obbligazioni morali del profugo, bensì di affermare la ragione in forza della quale lo Stato può consegnarlo a una potenza straniera in odio de'suoi delitti.

208. Al *di sopra* di ogni legislazione penale vi è una giustizia che io chiamo assoluta, come *in conseguenza* della legislazione havvi una giustizia, pur sempre assoluta quanto alla verità della imputazione, quanto alla penalità, relativa.

Ponete mente che se quest'alta e superiore giustizia non esistesse, il potere sociale non avrebbe competenza alcuna per dettare una legislazione penale. Indarno stimolato dalla necessità dell'ordine e della propria conservazione, s'invocherebbe dall'interesse legittimo la sua spada ultrice: egli non potrebbe snudarla facendosi forte dell'autorità propria. Ma è suprema legge che il male abbia per retaggio il male, che al delitto consegua la punizione.

Ho già avvertito nel 1° capo che il potere sociale non avrebbe neppure la competenza di fulminare le pene se a ciò nol costringesse la necessità propria, poichè non potrebbe arrogare a sè la essenza della giustizia e l'attributo divino di punire le colpe degli uomini solo per-

chè cattive, immorali, e per se stesse meritevoli di castigo: in quella guisa che non appartiene a lui distribuire degni guiderdoni alle opere sante. Ma quando il potere sociale si muove in questa via che a lui è tracciata da un inesorabile dovere, esercitando in qualche modo una parte di quella giustizia che in Dio solo è essenziale e pura, traduce in atto ciò che è sancito *ab initio* nella coscienza delle generazioni.

Allorchè il reato commesso è di natura che porta in sè per le leggi divine ed umane la sua riprovazione assoluta, è nella coscienza stessa del colpevole che bisogna primieramente cercare la ragione del diritto. Potrà egli mai pensare e persuadersi che vi sia una terra in cui regni giustizia che lo accolga e gli presti patrocinio contro la stessa giustizia? Egli dunque sa che non vi è per lui *diritto di asilo*. Ciò basta. Lo Stato che non offende alcun diritto quando lo consegna alla giustizia di un altro Stato, può ben farlo. Potrebbe anche non farlo, perchè in fine quelle azioni che non ledono i diritti altrui, e si dicono indifferenti, possono anche tralasciarsi. Ma no: ogni Stato ha invece un dovere di coadiuvare alla giustizia universale, perchè se ciò è l'interesse dei popoli, è dunque un dovere per chi li governa. Così la estradizione di un grande colpevole risponde ai principii della divina e della umana ragione.

209. Portati dalle nostre opinioni noi siamo entrati nella dottrina fondamentale di Grozio, troppo nota agli studiosi di simili materie (*a*). Ma costretti dalla vastità dell'argomento che ci occupa a tracciare linee brevi e fuggevoli, non possiamo mettere in rilievo e neppure accennare, come non siamo in tutto con lui nè quanto alle idee secondarie nè quanto alla formula e al metodo di dimostrare. Ma valgano i principii i quali quando siano bene trovati o nettamente svelati, dissipano la nebbia delle difficoltà di second'ordine, e sinceramente meditati, finiscono col conciliare i diversi sistemi. Fra quella dottrina, seguita da Wolfio e da Vattel, e quella del positivismo attribuita a Puffendorfio, professata sino a un certo punto da Martens, Wheaton, ecc., io penso non vi sia contraddizione essenziale, e tutto consista nel distinguer bene.

Le relazioni da considerarsi sono di tre maniere; 1° da Stato a Stato: 2° da uno Stato autonomo verso i principii superiori e generali del diritto, e verso la giustizia universale; 3° dallo Stato all'in-

(*a*) *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. XXI.

dividuo che non potendo o non volendo punire, consegna e cede affinchè sia punito.

Rispetto alla prima relazione si è cercato dai pubblicisti un fondamento giuridico, atto ad appoggiare la pretesa di uno Stato contro un altro per costringerlo alla consegna dei delinquenti, e non si è potuto trovare. E difatti non c'è. Prescindendo dai trattati, il principio dell'autonomia e della indipendenza degli Stati respinge affatto la idea di una obbligazione a *priori* verso un altro Stato di rispondere obbligatoriamente ad una pretesa di questo genere (*a*). *La obbligazione imperfetta* del Martens, non ha significato oltre i termini del diritto individuale e privato (*b*): sarebbe l'obbligazione di coscienza, non munita di sanzione esterna; è inutile parlarne trattandosi di uno Stato.

Se isoliamo uno Stato dalle sue relazioni internazionali per collocarlo un momento in faccia ai principii che devono servire di guida a tutti gli Stati che vogliono esser chiamati civili, e che lo sono soltanto perchè osservano quei principii, troveremo che per essi sono obbligati di concorrere alla realizzazione della verità e della giustizia nel mutuo accordo degli altri Stati e degli altri popoli. Ma vorremo noi confondere questa obbligazione verso la ragione, verso la coscienza pubblica, verso la storia con una obbligazione giuridica e positiva da Stato a Stato? Ciò è ben lontano dall'essere il nostro pensiero. Noi abbiamo detto che le nazioni si ravvicinano per gl'interessi e non pei doveri; sentiranno il dovere allora soltanto che la idea del diritto coi grandi incrementi della civiltà, sarà profondamente penetrata nello spirito delle nazioni; del resto, per quanto è nell'ordine del diritto

(*a*) Queste parole sono calcolate, escludendo ogni equivoco; giacchè ampliandosi il tema sino alle obbligazioni naturali che gli Stati come aggregazioni d'individui umani, e considerati fuori della loro orbita politica, possano avere tra loro, si entrerebbe in un campo nuovo, ed esigerebbe una trattazione tutta diversa.

(*b*) Così pure ritiene in un suo recentissimo scritto il signor avvocato Girolamo Avio. *Della estradizione secondo i principii del diritto delle genti. Genova, tipi dei sordo-muti* 1865. Egli è pure autore di un trattato che s'intitola. *Saggio di una teoria giuridica dei rapporti internazionali. Genova, tipografia sociale* 1865. Questi lavori sono notevoli per ampiezza di erudizione, per forza di raziocinio e rettitudine di principii, e giovano ad illustrare quelle importantissime parti della scienza del diritto che ne hanno tanto bisogno.

individuale e privato, si è già detta la ragione come a noi pare, per la quale lo Stato può giuridicamente eseguire la estradizione.

Io credo che gli stessi o simili elementi si troviuo tanto nelle dottrine di Grozio che di Puffendorfio, con questa differenza, che nel primo la idea generale del diritto prepondera, e vince nel secondo quella del positivo e convenzionale, benchè nè l'uno nè l'altro escluda, almeno in punto di vista secondario, i priucipii dell'altra scuola. Soltanto e d'uopo iutendersi in questo, che noi parliamo di un diritto ideale è non internazionale ed esigibile da uno Stato o potenza qualunque contro un altro Stato indipendente.

## § XLI. — *Continuazione. Regole della estradizione.*

### I.

***Reati riconosciuti da tutte le nazioni.***

**210.** Il Pescatore ha poste cinque norme o determinazioni che contengono tutta la dottrina (*a*).

« La prima regola è che la estradizione può chiedersi e concedersi soltanto per quei delitti che sono generalmente puniti da tutte le legislazioni, giacchè per quei reati che vengono dichiarati tali solo da certe legislazioni, mancano i fondamenti della regola di diritto delle genti che sono i principii di ragione riconosciuti liberamente da tutti nell'interesse comune ».

La estradizione importa il senso comune e assiomatico della penalità. Scendendo nelle sfere inferiori della colpa, le idee della penalità non sono egualmente concordi. Oltre i massimi reati, havvi ancora una lunga serie di fatti che in tutte le legislazioni penali sono puniti ; ma il modo con cui vengono osservati si fa di mano in mano meno generale, più tecnico, e più individuale. Diminuendo il senso della loro generalità, diminuisce quello della loro importanza. A questo punto l'interesse delle nazioni si separa, subentra il particolarismo, il gius *singulare* proprio : *il diritto civile* della penalità,

(*a*) *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale colle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale.* Parte II, pag. 39.

senza partecipazione cogli altri popoli, neppure nel concetto generante e direttivo.

**211.** « I precetti del diritto delle genti, osserva benissimo il Pescatore, sono prima proclamati dalla ragion naturale ». I quali precetti, io aggiungo, non sono chiaramente intesi, nè perfettamente apprezzati finchè alla loro idea confusa non subentri il convincimento ossia la coscienza distinta del diritto che apparisce nel mondo già vecchio di anni e d'esperienza; poichè degli anni e della esperienza, e delle disillusioni che seguono di lunga mano le ire e le passioni dei popoli, è portato felice la civiltà. La civiltà è la sapienza morale e civile dei popoli. Sono adunque necessarie certe condizioni, apparecchiate dai secoli, per avere la coscienza di alcuni almeno dei precetti di natura che sono destinati ad operare in grande sui destini della intera umanità. Quando gli Stati cominciarono ad avere la percezione chiara di questo diritto di associazione delle nazionalità per coadiuvare la giustizia comune, si vennero formando i trattati e le convenzioni. È semplice che fra i governi costituiti non si proceda in forza di un sentimento per quanto possa esser comune; ma s'interponga una *causa formale*, quella che dicesi un trattato, che vale ad affermare e guarentire i diritti di sovranità, e precisarne eziandio i limiti e i modi. Questa ragione di accordi formali, dai quali soltanto può essere assicurata la esecuzione, comincia tardi nella istoria (*a*). L'epoca dei trattati estradizionali è il secolo XVIII, ove si contano in grandissimo numero (*b*).

II.

*Eccezione a favore dei rifugiati politici.*

**212.** La nozione delle grandi scelleraggini è impressa nella coscienza universale: questo intuito ci abbandona del tutto nei fatti politici. Le leggi della natura sono eterne, e ciò che fu una volta abominevole e dannando, lo è sempre. In politica chi ha ragione, chi

(*a*) La prima applicazione si fa risalire al 1376, in un trattato di estradizione fra il conte di Savoia e Carlo V.

(*b*) FOELIX, *Traité du droit intern.* DALLOZ, V. *Traité*, tom. 42, della collez. Vattel, Burlamacchi, ecc. Qualche eccentrico ingegno, come il FERREIRA, *du droit d'extradit.*, combatte questo diritto. Nel tempo in cui il Mangin scriveva.

ha torto? Ciò vale veramente per la idea, avvegnachè anco i fatti politici siano non rare volte contaminati da azioni nel comun senso vituperevoli e degne di esemplare gastigo, non rifuggendosi ordinariamente dai mezzi che conducono ad un fine ardentemente cercato. Nondimeno due somme considerazioni fanno che la estradizione dei rifugiati politici sia negata da tutti quei governi che hanno in pregio di esser chiamati civili. L'una è: la scusa della passione quasi sempre generosa che mena i giovani spiriti, quali sogliono essere i più, ad un sagrificio spoglio d'interesse personale (*a*). La seconda è la giusta apprensione che i così detti delinquenti politici non siano per patire dagli adirati loro governi quelle pene inique e non proporzionate che l'interesse e la paura consigliano: considerazione efficacissima e strettamente connessa col giure della estradizione, siccome or ora vedremo (*b*).

Si è osservato che l'elemento del reato comune non potrebbe facilmente separarsi dal politico, o forse non si potrebbe in alcun modo (*c*). Ciò è vero relativamente a quei fatti criminosi che, comunque reprobi per se stessi e colpiti dalla legge comune possono tuttavia associarsi a una passione generosa e contribuire ad un intento politico benchè isolatamente considerati non si distinguano dai reati comuni. In questo caso si tien conto del fine, e appartiene a quell'apprezzamento di merito che è prezioso diritto della giurisdizione estradicente. Ammetto ancora che il reato comune debba ritenersi preventivamente subordinato allo intendimento politico; vero è per altro che vi ha di sorta

(*a*) Situazione ben tratteggiata da una circolare del guardasigilli di Francia del 3 aprile 1841. « Les crimes politiques s'accomplissent dans des circonstances « si difficiles à apprécier, ils naissent de passion si ardents, qui sonvent sont « leur excuse, que la France maintient le principe que l'extradition ne doit pas « avoir lieu pour fait politique ».

(*b*) Il Pescatore lo ha detto con molta forza. Mi piace riportarne le parole: « Un'altra specialità dei delitti politici è che il reo suol essere spinto al reato non da assoluta perversità d'animo ma da errore, da fanatismo, da impeto di passione, da soverchio fanatismo; e per un reato cui manca la intrinseca immoralità parve che nella maggior parte dei casi l'esilio potesse considerarsi qual pena bastante, e quando non basti, il divario non fosse sì grande *che convenisse affrontare il rischio di complicità nelle più fiere ingiustizie:* chè pur troppo ai giudizii politici non presiedono sempre l'equità e la giustizia, ma la vendetta e il terrore, le ire e gli odii della guerra civile ».

(*c*) Pescatore, op. cit. n. 43.

reati, che improntati di una nequizia propria e caratteristica ed essenzialmente infami, come il furto, il falso, la grassazione, il ricatto, cogli orribili mezzi delle torture e degli assassinii, che non potrebbero mai conciliarsi con una passione qual che si voglia meno ignobile, meno ribalda, meno brutale. I La Gala sono là per provarlo. I rifugiati politici rappresentano sempre una idea che si divide fra una moltitudine più o meno numerosa d'uomini del loro partito: una idea professata da moltissimi è già una idea rispettabile, forma una opinione sotto il cui vessillo militano uomini degni e puri; e la consegna di un individuo di quel partito, perchè è di quel partito, fatto ai nemici e tiranni del partito medesimo, scuote le fibre e sparge largamente il disgusto, il ribrezzo e quell'odio senza fine amaro che è il retaggio dei partiti politici. Negare la estradizione è quindi anche un atto di altissima prudenza civile: al contrario la giustizia dell'assassino è applaudita da tutto il mondo.

## III.

*Esame della qualità e delle prove dei reati.*

213. Il diritto d'esame, proprio della potenza che consegna il profugo, è insieme un atto di sovranità e una suprema guarentigia. Se la politica consiglia la giustizia, la giustizia non si altera mai in causa dei motivi più o meno disinteressati onde fu messa in esercizio. Il governo straniero si pone giudice fra due parti in quel momento ostili fra loro. Più tardi il governo stesso che insiste per la consegna del creduto colpevole, si metterà in disparte finita la sua missione diplomatica, e lascierà a sua volta operare la giustizia.

214. Non può fissarsi a regola per quali prove il governo straniero dovrà convincersi: è un giudizio di apprezzamento come un altro. Il governo richiedente si presenta sempre con un corredo di prove legalmente raccolte e constatate. Egli ha spinto la istruzione preliminare e preparatoria fin dove gli è stato possibile. D'ordinario è stata pronunciata sentenza d'accusa.

È raro che trattandosi di delitti capitali il governo consegnante non interponga un ufficio perchè la pena di morte sia evitata, e può attribuirsi egualmente ad un moto di umanità che tien conto dei patimenti e dei dolori del rifugiato, o ad un moto di dignità che non

permette sia totalmente vana la fiducia posta da colui nella protezione della potenza straniera. L'art. 6 del Codice penale ha preparata questa moderazione di pena (a).

215. Non occorre avvertire che l'impegno di un governo verso l'altro, per coadiuvarsi a vicenda in opera di giustizia è morale anzichè giuridico: il governo non ha responsabilità legale, ma solo una responsabilità morale che si risolve nella pubblica opinione. Ma il regno della pubblica opinione è quello della civiltà, anche i potenti rispettano i suoi decreti. Per altro non bisogna farsi illusione; la natura delle relazioni politiche è tale che non è poi sempre sicuro che ogni altra considerazione di maggiore interesse sarà vinta dall'ossequio che si professa alla giustizia, ed in quel caso non mancano alla diplomazia formole per mascherarla.

## IV.

### *Della estradizione del cittadino contraria al diritto.*

216. Il trattato di estradizione non può essere arbitrario: *sic volui;* la espressione, il comando di due volontà sovrapotenti. I trattati possono determinare, circoscrivere, rendere effettuabili i dettati del giure; vestire di obbligazione e di legalità quei fatti che il giure non vieta; ma non hanno valore giuridico contro i principii inviolabili del diritto. Le leggi dei paesi costituzionali guarentiscono al cittadino il prezioso diritto di essere giudicato da' suoi giudici naturali.

Secondo questo principio, se il governo *italiano* promettesse di consegnare alla giustizia della Francia l'*italiano* che avrà commesso un reato, eziandio gravissimo, su quel territorio, farebbe contro lo statuto e priverebbe l'italiano di un diritto acquisito che non si perde fuorchè rinunziando alla propria nazionalità.

Se non che potrebbe disputarsi, avere quell'italiano acconsentito ad essere giudicato dai tribunali francesi, quando commise quel reato in Francia, per l'altro principio che chiunque eziandio non pertinente allo Stato ne viola il territorio, si obbliga *ex delicto* a soste-

(a) Abbiamo un esempio recente e famoso che in caso gravissimo e formidabile ha mantenuta questa equità della giustizia sociale. (La Gala ecc.).

nere le pene che sono inflitte dalla legislazione penale di quello Stato, e per conseguenza si assoggetta alla giurisdizione de' suoi tribunali. Tanto è ciò vero che ivi può essere arrestato e giudicato senza che nasca il menomo dubbio sulla legittimità di tale giudizio. Si aggiunge in conferma, che il nostro Codice penale (art. 10) prevede il caso, e dichiara ch'egli rispetterà la sentenza del tribunale straniero.

Se questo giudizio è legittimo, bisogna dunque convenire che, commettendo il delitto in Francia, l'italiano aveva perduto il diritto di essere giudicato dai suoi giudici naturali.

**217.** Per altro si può concepire la coesistenza di due giurisdizioni penali in due Stati diversi, applicabili allo identico reato ma che richiedono certe date condizioni al loro esercizio, in forza appunto dei due principii che non si contraddicono che apparentemente: i giudici del paese essere i giudici naturali del cittadino, chi delinque nel territorio estero essere punibile in quello Stato e colle leggi di quello Stato.

La condizione per cui si rende attuabile l'una o l'altra giurisdizione, è il possesso della persona dell'accusato; è un vero diritto di prevenzione. Dal lume di questa idea si ravvisa che il delinquente ha veramente e propriamente rinunciato al giudizio dei proprii tribunali, quando sapendo le conseguenze che gliene sarebbero derivate, pagò di sì rea moneta la ospitalità della terra straniera. La sua stessa rinunzia però deve ritenersi condizionata: se e in quanto verrà in potere delle forze dello Stato che ha offeso. Col ritorno in patria non guadagna la impunità (sarebbe orribile) ma viene a mettersi alla disposizione della giurisdizione del paese che non può respingerlo. *Redit in pristinum statum*, specie di postliminio, per la penalità; allora la giurisdizione patria lo possiede, e in quella guisa che non può chiudergli le porte della giustizia, non volerlo giudicare, così non può cederlo ad altri perchè da altri venga giudicato.

Dunque non decoro di nazionalità, non affetto di patria verso il cittadino, non un dovere morale, ma un dovere strettamente giuridico impone al paese di non consegnarlo alla giustizia straniera.

E a buona ragione il governo straniero non può pretendere altra cosa. Esso è soddisfatto quando la offesa arrecata alla integrità giuridica del territorio, o alle persone de' suoi soggetti, o alla dignità dei

suoi rappresentanti è competentemente giudicata dai tribunali del paese secondo le proprie leggi.

218. Lamentano gli scrittori francesi (Dalloz, Helie) che in Francia manchi una disposizione che autorizzi il giudice penale a punire il francese che ha commesso delitti in territorio straniero contro quello Stato o sudditi di quello Stato; laonde quel delinquente avrebbe avuto sicuro e immeritato asilo nel proprio paese quando la estradizione di lui a richiesta della potenza straniera non fosse stata accordata e sfuggirebbe ogni pena: riflesso che rallentò la opposizione dei giuristi pratici ma che aveva ben poca influenza nella teoria. La legge italiana provvidde, e l'ostacolo per noi non esiste.

L'art. 6° del Codice penale circoscrive peraltro codesta facoltà giurisdizionale dello Stato *ai crimini;* ma è rimarchevole che con ciò si allontana dagli assunti specifici degli articoli 7 e 8, abbracciando ogni sorta di crimini, mentre permette la diminuzione di un grado della pena. Nello scambio vicendevole della giustizia fra Stato e Stato, si è sempre d'accordo sopra un punto: non doversi prendere in considerazione i reati di natura inferiore meno temuti, meno infesti alla pubblica sicurezza, e che non hanno il merito, per così dire, d'interessare la giustizia universale. Ma potrà domandarsi perchè la giustizia dello Stato esercitandosi sopra un cittadino, non si occupi tuttavia che dei crimini, laddove, quanto a sè, non lascia delitto alcuno impunito. Egli è che continua sempre a dominare il principio della giustizia sociale, surrogantesi in larghe dimensioni alla giustizia territoriale. Veramente la società nazionale non fu perturbata nella specialità del suo stato giuridico da reati commessi fuori: quindi la giurisdizione nazionale col punirli, rende piuttosto debito ufficio alla giustizia comune dei popoli che provvegga ai bisogni della sicurezza propria. Nonostante noi stimiamo giustamente che la nostra giurisdizione, trattandosi di statista che anche fuori del territorio portò la obbligazione di rispettare le leggi della patria, possa applicarsi con una certa maggiore estensione di quello che allo straniero si farebbe, rispetto al quale siamo legati dalle consuetudini internazionali, e dal bisogno che abbiamo di non fare a lui giustizia più severa di quello che sarebbe fatta al cittadino italiano in paese straniero. Così tenendosi fra certi limiti che non sempre la teoria è in grado di precisare, perchè delicati e sentiti piuttostochè dimostrati, la legge limitandosi alla condanna dei crimini, non volle però escluderne alcuno, e di

ogni crimine commesso in territorio straniero, anche contro uno straniero, vuole responsabile il suddito italiano (a).

## § XLII. — *Questioni territoriali non comprese nel diritto di estradizione.*

### I.

### *Oggetto del capitolo.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 39).

219. Le questioni che ci facciamo brevemente ad esaminare appartengono pure al diritto *esterno*, ossia a quelle relazioni che noi abbiamo cogli altri paesi: ma qui in particolar modo cogli Stati limitrofi, trattandosi appunto di questioni che possono riguardarli non meno che il nostro, e spargon dubbiezza sul limite delle giurisdizioni.

S'intende facilmente che la teorica della estradizione non si occupa di siffatte dispute. La domanda della estradizione e la risposta per conseguenza, si fonda in un fatto ritenuto positivo e incontestato, sul fatto che il delitto sia stato commesso entro il territorio della potenza che reclama la persona del delinquente. Nei casi che veniamo ad osservare, è questo medesimo fatto che forma la controversia, solubile coi principii giuridici e colle norme insieme della ragion naturale, senza diplomatico intervento; o almeno senza che questo sia necessario.

Anche in materia territoriale *interna* possono offrirsi le stesse combinazioni, e sciogliersi coll'aiuto dei medesimi principii. Questione territoriale *interna* è quella che concerne la competenza dei giudici

(a) È caso raro che due potenze simultaneamente domandino l'estradizione. Tuttavia è stato preveduto dagli scrittori. Una delle potenze reclamanti potrebbe esser quella a cui il delinquente appartiene per nascita o cittadinanza, l'altra quella nel cui territorio fu consumato il delitto. Il diritto della estradizione sta nel fondamento *di una territorialità offesa che viene a limitare il diritto della ospitalità di un altro Stato.* Questo essendo il vero e sostanziale rapporto della estradizione, è insieme la materia dei trattati pei quali a questo solo oggetto una potenza si obbliga verso l'altra. Ma supponendo che trattato non sia, o non chiaro, e si abbia a procedere coi principii generali, preferire lo Stato delle nazionalità a quello ove il reato fu commesso. Qualche altro uso ancora si fa ma più remoto e meno importante.

d'istruzione, o dei giudici decidenti ai quali la legge di procedura assegna territorii distinti e sfere determinate di azione. Uno dei nuclei fondamentali della competenza interiore e speciale è *il luogo :* gran fattore di libertà e d'ordine nel vasto campo dell'esercizio penale come in qualsivoglia amministrazione giuridica. Vi sono alcuni articoli nel Codice di procedura penale che senza porger una soluzione scientifica, additano le questioni, e le risolvono praticamente lasciando intravedere quei principii che prenderemo per guida (*a*).

**220.** Bisogna portar l'attenzione a ciò, se la controversia non essendo nella estradizione, si possa tuttavia apparecchiarla, presentarne il motivo. In effetto si tratta di determinare il fatto fondamentale della territorialità (*b*). Intorno alla *quaestio loci* si aggruppano alcune specie di casi che voglion esser distinte. Il delinquente è un regnicolo o è uno straniero. Il delinquente è già sul territorio, fors'anche in potere della forza legittima: oppure non lo è, e andò a rifugiarsi in altro paese. Se all'esame della questione i nostri tribunali sono convinti che il reato fu commesso sul nostro medesimo territorio, giudicano a norme uguali si il regnicolo che lo straniero il quale, violando il tertorio, ha incorso la medesima obbligazione penale ; e punisce il loro reato quale che sia, senza distinguere fra specie maggiori o minori, fra crimini e delitti. Ma se troviamo che il reato deve giuridicamente considerarsi avvenuto nel territorio estero, la nostra giurisdizione si modifica radicalmente, tanto rispetto al regnicolo che allo straniero. Subentrano allora le disposizioni eccezionali degli articoli più volte citati, se il delinquente è in nostro potere: se non lo è non si fa luogo, generalmente parlando a chiedere la estradizione. Bene potrà chiederla a noi il governo straniero se il delinquente si è rifugiato nel nostro territorio.

(*a*) Art. 14. La competenza è altresì determinata *dal luogo* del commesso reato, o da quello della dimora dell'imputato, o da quello dove ne sia seguito l'arresto.

Art. 15. Il giudice *del luogo* del commesso reato è però preferito ad ogni altro giudice, sì nell'istruire che nel giudicare.

Art. 17. Se il reato è stato *cominciato in un luogo e consumato in un altro*, la cognizione apparterà *al giudice del luogo* del reato consumato.

Art. 18. Se il reato è stato commesso *sul confine di due giurisdizioni*, avrà luogo la prevenzione. La prevenzione rimane stabilita o dal mandato di cattura o da quello della composizione. (Vi corrispondono con lievi modificazioni gli articoli della procedura penale vigente).

(*b*) Se il delitto è stato commesso sul territorio nazionale o no.

La disposizione dell'art. 8, del Codice penale, che non è in tutti i Codici, non cangia i termini della questione. Colla estensione ideale del nostro territorio materiale sino a *mezzo miriametro* oltre il confine, non abbiamo potuto eludere l'assioma (e come si eludono gli assiomi!) che la podestà dello Stato spira alla frontiera, estendendo alquanto la nostra facoltà *giudiziale* (a); ma la nostra facoltà *politica* è rimasta la stessa. Secondo adunque il punto di vista della facoltà giudiziale e non altrimenti, il nostro territorio ha un circuito di mezzo miriametro di più, ma ad ogni modo, quand'anche si fosse portato più oltre il confine, si verrà sempre a questo che una linea di confine ci sarà e la controversia dell'*in* e dell'*extra* potrà sempre nascere. Senza influenza quanto alla relazione politica, lo ripeto, formerà una eccezione che lo straniero arrestato e accusato potrà opporre in giudizio contro la competenza dei nostri tribunali.

## II.

### *Esame delle questioni.*

221. Vi è innanzi tratto una questione di principio: bisogna fermare il punto dal quale si deve partire. Per definire da noi, colle leggi nostre proprie, i limiti della nostra giurisdizione penale collo Stato limitrofo, e l'articolo giuridico del luogo del delitto (b), ci proporremo delle regole speciali, sui *generis*, o ci basteranno le norme generali di ragione?

Si può rispondere che il punto di partenza è quale dev'essere in relazione al diritto. Per il legislatore non ci sono capricci: egli non può variare i criterii normali, già adottati e promulgati solamente perchè potrà tornargli conto. L'art. 17, già sopra trascritto (V. numuro precedente, nota 1), ha posto nettamente, come regolatore della competenza, l'ultimo stadio di un delitto che va storicamente svolgendosi: la consumazione. Uno stadio meno inoltrato in quei delitti

(a) In quanto cioè alla persona *dello straniero* che non avremmo potuto punire secondo i principii generali di diritto perchè non commise il maleficio nel giro del nostro territorio materiale.

(b) Intendendo sempre il territorio nella sua estensione ideale di mezzo miriametro quanto ai crimini degli articoli 7, 8, 9; e nella sua estensione puramente materiale quanto agli altri reati.

che presentano una specie di continuità e di progressione (a), fissato come denominatore della competenza territoriale contro un delinquente straniero, sarebbe una teoria più comoda ma, creata *in odium*, deve respingersi. Sarebbe inoltre una teoria assolutamente falsa. Se tutte le giurisdizioni penali che sono al mondo devono scientificamente convenire in certi principii fondamentali sulla essenza dei reati per unizzare, a così esprimermi, nello spirito perenne della scienza, non sarà la nostra legislazione che vorrà confonderli per un fine politico (b).

Noi seguiremo adunque i principii generali.

In più modi può concepirsi il movimento del reato che s'impronta su due territorii limitrofi.

**222.** Vi può essere nell'uno il tentativo, nell'altro l'esecuzione. L'ultimo sforzo dell'agente col quale compie la sua triste impresa, è il reato. Prima di questo momento non vi è che apparecchio, aspirazione, operosa se vuolsi, verso il reato. È chiaro che trattandosi di fatti che si operano in luoghi diversi si restringe la sfera di simili reati, perciò la ripetizione degli sforzi sulla cosa medesima non entra nell'esame di questa teoria; non suscita la questione territoriale. Se il tentativo restò incompleto in ordire al fatto principale, come la rottura del muro che non riuscì alla consumazione del furto, il tentativo stesso è un delitto formale, un delitto per sè stante; e non ha conseguenze ulteriori. La legge dello Stato lo punisce se è avvenuto nel giro del suo territorio naturale e tutto è finito. Il dubbio nasce rapporto a quei reati che si preparano nel nostro territorio e scoppiano in un altro. Qui si compongono i veleni, qui si comprano; e poi di là dal confine si propinano all'infelice che ne resta

(a) Una volta per sempre. Quando non è il caso in cui sia necessaria la distinzione apodittica fra la natura dei reati, uso talvolta la voce *delitti* anche per significare i reati più gravi, prescindendo dallo stucchevole tecnicismo quando non sia danno della chiarezza.

(b) Questo preambolo si potrebbe credere inutile se non si rammentasse che un giureconsulto influentissimo nella composizione del Codice *d'instruction crim.* il Treilhard, aveva professato non potersi dire commesso all'estero quel reato che era stato *premeditato* in Francia; e quando il pensiero criminoso era stato seguito dall'effetto, rimontare il reato *au temps où il a été prémedité*. A completare la dottrina del legislatore Treilhard, la storia ha registrato queste altre sue parole. « Que le droit de poursuivre le crime n'appartient qu'au magistrat du territoire sur lequel il a été commis, ou du territoire sur lequel il est prolongé.

vittima. Di là dal confine si consuma una invasione armata, ma qui si adunarono le armi e si formarono i complotti; di là dal confine scoppiò una congiura che mirava a fare insorgere un paese in danno dei nostri interessi, ma la congiura fu ordita e perfettamente organizzata sul nostro territorio.

Avvertasi bene che la congiura può avere avuto per oggetto di turbare la sicurezza dello Stato, e il delitto essere stato diretto contro un cittadino dello Stato. Abbiamo leggi, già lo rammentiamo, che puniscono tali reati eziandio commessi in territorio estero. Ma quivi la questione è *se sia stato commesso in territorio estero:* non ignoriamo le conseguenze esser molto diverse. Ora non vi è nessun reato punibile come preparatorio. Le manifestazioni di atti tendenti a consumare un delitto (che non bisogna confonder col tentativo) non rappresentano un delitto per sè esistente se non quando sono rimaste imperfette in ordine al fine. Consumato il reato, tutti gli apparecchi, tutti i conati, con lui si confondono: non furono che mezzi. Per altro questi stessi mezzi possono formare isolatamente un delitto: il possesso delle armi, il complotto politico, lo spaccio delle sostanze velenose possono esser puniti senza considerazione del fine a cui erano rivolti, indipendentemente dall'effetto che produssero, che sarà a sua volta materia di giudizio ai tribunali stranieri.

223. Anche i delitti *reiterati* presentano poca difficoltà. Sono delitti separati, distinti, e si possono supporre in parte commessi sul territorio nostro, in parte sull'altrui. Noi ci occupiamo di quelli commessi sul nostro territorio; e lasciamo agli altri libere le mani per quanto li riguardano. Separazione completa. Noi faremo quell'applicazione della nostra legge penale che sarà da farsi, nei limiti della materia sottoposta al nostro giudizio (a).

224. Le difficoltà cominciano a mostrarsi in tema *di reato continuato.*

Dopo le dottrine del Mittermaier la nozione del reato continuato è

(a) È noto che nella concorrenza di più reati, la pena è amministrata con una certa misura ed economia solita a chiamarsi, ed è sino ad un certo punto, un vero *assorbimento.* (Codice penale, L. I, c. V). Noi siamo costretti a supporre le nozioni e scriviamo per quelli che non le ignorano; colgo però volontieri questa occasione per raccomandare una bella ed erudita memoria sul tema difficile della *reiterazione e continuazione* dei reati, scritta dall'egregio signor avvocato Antonio Mona da Novara. *Novara, Tipografia Merati,* 1860.

nel suo più chiaro giorno, ed è stata raccolta in tutta la sua purezza da un articolo del Codice penale toscano (*a*), articolo 80. « Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, o anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzion criminosa, si considerano per un solo delitto continuato; ma la continuazione del delitto accresce la pena entro i suoi limiti legali ».

Le caratteristiche del delitto continuato si dividono; *obiettive*, la violazione della legge penale; *subiettive*, la stessa determinazione volitiva, o come disse il legislatore toscano, *la stessa risoluzion criminosa*. Si entrerebbe nella categoria dei *reati reiterati* senza il nesso della volontà che li fa considerare come una sola azione indefinitamente prolungata; poichè tali atti, singolarmente osservati, sono benissimo compiuti e perfetti reati come avvertì il Mittermaier, ririspondendo a contrarii. Così i replicati adulterii sono altrettanti reati, ognuno dei quali è suscettivo della punizione stabilita dalla legge per gli adulterii; ma essendo la tresca dominata dalla stessa volontà e passione, tutti i suoi prodotti si considerano un solo prodotto; senzachè si cadrebbe nell'assurdo, nelle punizioni impossibili, nelle punizioni eccessive e mostruose. La *connessione* nel volere, la coerenza negli atti praticati, denotante la permanenza di quel volere, ecco la *continuazione*.

Con tutto ciò bisogna convenire che il concetto della continuazione è piuttosto una creazione della legge che una ragione intima ed essenziale procedente dalla natura delle cose. Quindi il concetto potrebbe modificarsi quando delle ragioni superiori consigliassero a separare i reati e considerarli come distinti. Molto meno si trova ne-

(*a*) Il Codice penale toscano promulgato nel 20 giugno 1853: oltre il pregio della proprietà e nitore del linguaggio, oltre la novità e originalità delle previsioni, la moderazione ed equità delle pene (se ne togli la parte politica), è singolare nella cura che pone a definire certe nozioni intrinseche dei reati tuttavia dubbiose nella scienza; una delle quali è la su mentovata; un'altra è quella del furto, art. 37, § 2. Vivendo in alto e onorevole ufficio nel bel paese, che ricordo sempre con grande affetto, io licenziai a quel nobile giornale, *La Temi Toscana*, un articolo nè lungo nè adorno, ma evidente per molti confronti che io ne feci colla legislazione d'origine piemontese col quale tentai risvegliare l'attenzione degli uomini competenti sui pregi di quel Codice, onde non venisse obbliato, *tamquam non fuisset*, nella riforma delle leggi penali. Mi auguro che quel voto sia esaudito!

cessario a realizzare questo concetto una certa quantità o cumulo di atti delittuosi, bastando a ciò due soli. Ora noi poniamo la ipotesi che una parte degli atti delittuosi sia stata consumata nel nostro e parte in territorio estero. Per maggior chiarezza procederemo con un esempio. Tizio ha fabbricato un falso diploma nel quale si finge un uomo di elevata condizione, d'illustri parentele, di relazioni ragguardevoli. Coll'aiuto di questo documento egli va in giro truffando le persone e molte ne ha già fatto cadere nella ragna. Dieci di queste truffe sono state consumate nel nostro territorio, dieci in territorio estero, e aggiungiamo, a danno di stranieri. L'azione penale avanti i nostri tribunali dovrà restringersi alle dieci truffe eseguite sul nostro territorio: non abbiamo competenza per le altre. Il concetto della continuazione rimarrà fermo nonostante e non avrà d'uopo di appropriarsi gli altri fatti commessi all'estero, che saranno o no giudicati da quei tribunali in conformità delle proprie leggi.

III.

*Continuazione.*

225. Concorrendo più atti materiali, congiunti con relazione di causalità, ma distinti nel tempo e successivi, a compiere un fatto criminoso, conoscere il momento nel quale il delitto si consuma, è qualche volta decidere la questione della competenza territoriale.

È d'uopo camminare cogli esempii.

Un uomo cade ucciso sul terreno dello Stato che si stende sino al fiume, per un colpo d'arma da fuoco tirato dalla riva opposta. *Il fatto dell'omicidio* è stato effettuato nel nostro territorio: *ma il reato d'omicidio* è stato consumato sull'altra ripa, nell'estero. L'ucciso è uno straniero (a). Sì: l'omicidio è l'effetto ma la causa morale che lo produsse è lo sparo dell'arma: l'infrazione della legge, come osserva l'Helie, avvenne con questo atto, e per esso il reato si consumò (b). L'avere o il non avere colpita la persona è caso che non altera il merito dell'azione: ed in questo senso dissero profondamente gli an-

(a) Se fosse un italiano sarebbe luogo a procedere per altri principii.

(b) L'Helie aggiunse questo riflesso. « Là où se trouve cette personne (l'autore della violazione) au moment de la perpetration du fait punissable là aussi la loi pénale a été violée ».

tichi *in maleficiis voluntas spectatur non exitus*. L'effetto appartiene alla *quantitas*, alla importanza del delitto: vi è un omicidio o un tentativo di omicidio: l'evento decide della penalità non della essenza del delitto.

Un inglese che è qui spedisce ad un suo amico o non amico di Londra un falso telegramma col quale riesce ad ingannarlo. Il dispaccio è partito alla sua destinazione. Il delitto è commesso nel nostro e non nel territorio estero ove fece il colpo, e ove poteva anche non farlo senza che nulla mancasse ai requisiti intrinseci del reato di falso, data la possibilità d'ingannare (*a*). Gli esempii possono moltiplicarsi.

226. Qualche altra volta non si disputa sulla varia natura degli atti che materialmente concorrono a compiere la operazione per intendere quale di esso riveli il concetto delittuoso e costituisca l'agente debitore di un reato. Ma piuttosto si percorre una serie di atti che non hanno fra loro una relazione necessaria, a trovare se qualcuno di codesti atti presenti un fatto penale e quale sia.

Un uomo ammogliato ha lo strano capriccio di ammogliarsi una seconda volta: è un bigamo. È chiaro che fra i due atti di matrimonio è il secondo che lo costituisce reo. Se il secondo è avvenuto in Italia (posto che il bigamo sia straniero) i tribunali del nostro Stato hanno competenza per giudicarlo. Si accusa la bancarotta nel fallimento, perchè può esservi fallimento senza bancarotta: ebbene, è forse il luogo ove si promulga il fallimento del negoziante nel quale deve procedersi penalmente per la bancarotta? A parte le parole per non imbrogliare le cose, il reato è dove sono avvenute le scroccherie, le frodi, le sottrazioni e via discorrendo: e tanti fatti di questa natura, tanti reati distinti. Accumulati in una certa quantità, raccolti in un solo processo, portati allo stesso giudizio simili fatti potranno formare quel tutto che chiamasi bancarotta fraudolenta e motivare un certo rapporto d'insieme nella penalità; non vi è però alcuna difficoltà sul

(*a*) Massa Saluzzo. *Commento alla procedura criminale*, § 103. L'autore tratta questo ed altri argomenti analoghi con molta chiarezza. Io mi vi riporto. In vero un telegramma falso si concepisce difficilmente nella sua materialità; e più difficilmente ancora, come possa comporsi in una notizia data un vero falso intellettuale, e come possa avere una corrispondenza, di natura criminosa, colle risoluzioni di colui che riceve il dispaccio. Nonostante possono verificarsi tali circostanze straordinarie da produrre tutto questo.

procedere anche distintamente contro di essi. Messo pertanto in ipotesi che il fallimento di un negoziante di Magonza sia stato aperto in quella città, se qui, nel regno d'Italia, si verificano tolte, sottrazioni, mascheramenti di mercanzie, intrighi dolosi a danno di cittadini, noi siamo competentissimi per procedere e giudicare di tali fatti colpevoli il negoziante di Magonza (a).

(a) **Così ottimamente deciso dalla Cassazione francese. Mangin, n. 72.**



# CAPO V.

## Funzioni e responsabilità del Ministero dell'azione penale.

### § XLIII. — *Ragioni di metodo.*

**227.** Non essendo mio intendimento di rifare trattati su trattati già scritti intorno alla presente materia ma di aggiungere un contributo, quale posson dare le mie forze, alla scienza (a), io mi passo quasi del tutto delle lunghe descrizioni che sogliono farsi sull'organismo del pubblico Ministero, sulle sue discipline interne, sull'ordine che regna in questa mirabile istituzione, sull'azione gerarchica che la governa, e presso che ancora del suo spirito, avendone discorso, come la occasione voleva, nei primi capitoli. Mi propongo adunque di procedere a larghi tratti, non fermando l'attenzione che sopra alcune proposizioni più contestabili del mio autore: e trattando particolarmente quel ramo di diritto giudiziario che permette nuove considerazioni e uno svolgimento alquanto maggiore, *sulla responsabilità civile e penale dei funzionarii dell'azione.*

(a) Le mie vedute sono già esposte nella prefazione.

## § XLIV. — *Di alcune opinioni del Mangin che non si reputano ammissibili.*

(MANGIN, *Compendio*, dal n. 41 a 55).

228. Tutti i magistrati della giustizia penale procedono e lavorano ad uno scopo; sono intelligenze alle quali è attribuito il grado di forza necessario per isciogliere con effetto quel grande problema dei giudizii, la verità; e perchè la verità scoperta abbia il merito che la legge e la ragione richieggono. Verità materiale, verità morale: sintesi: la giustizia.

Nel mio modo di vedere la divisione delle funzioni è un pronunciato della logica analitica e generale che moltiplica le operazioni della mente comechè rivolta ad uno scopo finale; le quali operazioni potrebbero distinguersi in quanto si pone l'oggetto della ricerca, in quanto si uniscono con un esame empirico i materiali del fatto, in quanto si schierano innanzi alla mente le obbiezioni e le risposte, in quanto finalmente si risolve la questione e si pronuncia un giudizio. Il processo veramente di codeste parti si compone; ma è nella natura della istituzione e nello scopo che si prefigge, è nell'ordine dei suoi mezzi e nel carattere essenziale delle risoluzioni giudiziarie, che ognuna di quelle operazioni abbia una mentalità intera, abbia un rappresentante che con indipendente e libera coscienza si dedichi all'esame che gli viene assegnato e ne presenti i risultati; onde poi tutte insieme contribuiscano ad un fine che è posto in cima a tutti questi moti, la verità e la giustizia.

229. Il solo imputato e la sua difesa sono fuori del circolo e della convergenza di siffatte idee, e si mantengono in una sfera di resistenza propria della situazione. La legge non domanda nulla all'imputato; e alla difesa non altro che la lealtà dei mezzi, il rispetto delle leggi, la convenienza della forma. Insomma non domanda alla difesa un contributo ufficiale, dirò così, nell'interesse della giustizia; ma soltanto ch'essa non si discosti dalle vie regolari delle trattazioni giuridiche.

230. Le opinioni poco meditate che corrono, ci vengono ancora

fresche e rigogliose dalla Francia (a), ridurrebbero il pubblico Ministero alla condizione del difensore, creandone appunto il *difensore della società*. E secondo questo, egli avrebbe fatto il suo dovere schermendosi dagli argomenti più incalzanti della difesa, cercando nelle arti della eloquenza e dell'ingegno sussidii contro il pericolo di una assoluzione ch'esso non dovrebbe mai chiedere, mai patrocinare per non mancare al proprio mandato, come non può il difensore domandare e propugnar la condanna.

Stimiamo anche di avere sufficientemente dimostrato il duplice, distinto, non confondibile ufficio amministrativo e giudiziario che risiede nel pubblico Ministero, ma più particolarmente nel suo capo, il procurator generale. Nel primo caso la corrispondenza col governo, la dipendenza dal ministro, è perfettamente nell'ordine delle cose: ma fra l'una e l'altra funzione, ci vuole un taglio più netto, più risoluto per così dire: la teoria francese getta sempre tropp'ombra governativa sul pubblico Ministero: si mantiene troppo fedele alle sue illiberali origini (§ XVIII).

Non accetto neppure come teoria quella del Mangin così espressa: « L'exercice de l'action publique n'appartient *personnellement* qu'aux procureurs généraux et aux procureurs du roi ; les autres fonctionnairs n'y participent que sous leurs ordres ». (MANGIN, *Comp.*, n. 48, opera, n. 92). Questa *personalità* del procuratore generale, questa specie d'incarnazione in lui dell'azione pubblica, quella mera *partecipazione* degli altri funzionarii dell'ordine, e precisamente dei suoi sostituiti, io non la comprendo. Il pubblico Ministero è una istituzione, e come tale possiede la sua idea come possiede i suoi mezzi. Se vogliamo parlare di *personalità*, sarà quella del corpo giudiziario in quanto si discerne dagli altri ed ha una esistenza propria. In sostanza il concetto del Mangin, come degli altri Francesi, è di fare del procurator generale il delegato immediato del governo donde ritrae quella sua personalità dominante: tradizione dell'epoca imperiale, idea storica, senza veruna consistenza scientifica.

Ravvicinando a quella un'altra generalità che si trova al n. 105, (del *Compendio*, n. 55), l'autore spiegando con quel rispetto che si

(a) La materia è stata discussa largamente altrove. V. § 5.
Ora sono costretto a riassumermi per rannodare il discorso alle cose che seguono; e non mi dispiace confermare quei principii con altre parole.

deve agli aforismi la massima — *le Ministère public est indivisible* — ne restringe l'applicazione alla sua azione amministrativa poichè, « sous le rapport administratif il y a unité dans le Ministère public établi pour le ressort de chaque cour royale ». Per me la indivisibilità non è una parte soltanto del suo operare e non la più importante: la indivisibilità è la forza organica della istituzione, è il suo carattere morale, esistendo nella varietà delle sue operazioni e dei parziali convincimenti costantemente *una*, variabile nei suoi mezzi, invariabile nel suo scopo.

L'autore ha concepita la *indivisibilità* dove invece si ha divisione di atti, di funzioni, di attributi: il procuratore del re agisce nel suo circondario per tutto ciò che gli è demandato dalla legge; il procuratore generale ha un dominio più esteso ma pure circoscritto al suo distretto; le competenze sono stabilite e il concetto della competenza è distributivo. Ma, lo ripeto, la indivisibilità della istituzione è nell'operare concorde verso il fine: unità morale; come la sua indipendenza è nell'operare liberamente rispetto a qualunque altra.

## § XLV. — *Sulla ricusa degli ufficiali del pubblico Ministero.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 60).

231. La nostra legge ha già stabilito: « *Gli uffiziali del pubblico Ministero non possono essere ricusati:* possono però astenersi, qualora si trovino in alcuno dei casi di ricusazione preveduti nelle leggi di procedura civile relativamente ai giudici » (*a*).

Un testo si chiaro rifiuta ogni commento. Faremo però alcune osservazioni nell'interesse della giustizia.

Tre opinioni si divisero il campo della teoria.

Gli ufficiali del pubblico Ministero possono esser ricusati come i giudici e per le cause stesse che i giudici; non c'è ragione per privilegiarli; se posson fare molto bene, possono anche fare molto male (*b*).

Il pubblico Ministero è al postutto una *parte*, niente altro: si ricusano le parti? (*c*). È la seconda opinione.

(*a*) Procedura penale art. 748.
(*b*) BRUNEMANN (*Qu. du droit*), Mornac, Basnage, de Lacombe, ecc.
(*c*) Opinione principalmente appoggiata negli usi e consuetudini della Francia.

Quando il pubblico Ministero non è che ausiliario, sussidiario dell'agente civile, parte insomma accessoria, è passibile di ricusa: parte principale, no (*a*).

La palma è toccata a questa terza opinione. In Francia ove la disposizione espressa manca, il pensiero del legislatore si mostrava abbastanza dall'art. 381 del Codice di proc. civile. Ad esso corrisponde l'art. 118 dell'attuale.

Il Garat, nel repertorio di Merlin, ha criticata questa legislazione: sono lieto che il Mangin, producendo la stessa sentenza, l'abbia confortata di ragioni. Questa volta posso bene unirmi a lui, benchè la mia dimostrazione proceda per tutt'altra via.

232. Il principio razionale della ricusa è la libertà dei giudizii. Rimuovere le influenze estranee, valevoli a render meno perfetta la amministrazione della giustizia: ecco lo scopo della ricusa.

Il diritto di ricusa è fondato nel principio di libertà; la negazione di esso diritto dev'esser fondata nell'opposto, nel principio d'autorità. La giustizia è stata fatta perchè c'è una sentenza; la sentenza guarentisce la giustizia almeno nella sua intrinseca moralità. È una petizione di principio, ma rappresenta una idea formata, una convinzione. Considerato il magistrato più che un uomo, in effetto la base della infallibilità giudiziaria è un teorema eminentemente sociale e conservatore.

Ma chi è che considera il magistrato più che un uomo, ossia superiore alle passioni umane? Non la legge; ed è chiaro nei tanti casi nei quali un giudice può essere ricusato. La infallibilità giudiziaria è la più rispettabile delle presunzioni; ma la legge stessa si è bene penetrata che la pubblica opinione, alla quale in fine compete l'ultimo appello, esige inesorabilmente la moralità nei giudizii: allora soltanto un giudizio c'è: allora soltanto può esserci la giustizia: allora soltanto la giustizia è autorevole.

*La moralità è la libertà*, nel duplice aspetto obbiettivo e subbiettivo. Nel rapporto della giustizia amministrata e nel rapporto di chi l'amministra. La passione, in qualunque forma si dichiari, è la servitù dello spirito.

Vedete adunque che il principio di autorità cede anche una volta, confessandosi suo debitore, al principio di libertà.

(*a*) Lerpillon, Jousse, Brillon, ecc.

233. Eccoci innanzi una legge che non ha seguito nessuno dei due principii e sembra non averli compresi : una legge difettiva per una meschina logica di accessorii.

Ho esaminato in quanti modi può essere possibile la preoccupazione dello spirito, benchè non messo alle sue più dure prove, ma lievemente, a così dire agitato, e quasi insensibilmente spinto verso una parte (a). Per altro alcune delle cause della ricusa sono veramente gravi: e fra queste il diretto interesse del magistrato. L'avere la legge riflettuto sulla urgenza del pericolo al quale è esposta la giustizia nel concorso di tali circostanze, fa più sollecito il domandare, perchè la seduzione dell'interesse, della parentela, dell'affetto, dell'odio più implacabile, sia stata riputata temibile nei giudici, negli arbitri, nei periti, e non negli uomini del pubblico Ministero.

È forse in ragione della maggiore presunzione di moralità, o di una maggior forza di carattere che presentano questi uomini ; o perchè la legge attribuisce un valore assai limitato alla influenza del loro ministero non comparabile neppure a quello dei semplici periti? Non pare; stando alla spiegazione che del proprio concetto ha dato non la legge penale ma la civile nell'indicato art. 118. La limitazione del diritto di ricusa è dovuta *alla qualità della funzione* che il pubblico Ministero esercita in un dato caso: in quanto cioè sia o non sia *parte principale*.

In vero noi ci rendiamo inintelligibili a quelli che non hanno per le mani i codici di Francia : e sembra talvolta che non si scriva per italiani. Che è mai la *parte principale e non principale* dell'art. 118? Nel nostro frasario non ha trovato un corrispettivo la *partie jointe* dei Francesi : ma almeno dal loro art. 381, si rileva l'altro lato dell'eserga ; e qualche cosa si comprende. Insomma quando il pubblico Ministero, in un interesse superiore, viene perorando una causa civile, ed in questo modo si *aggiunge*, o aumenta la difesa di una delle parti, o anche piglia un indirizzo suo proprio, ma sempre *ob veritatem*, indifferente ad ogni parte, ad ogni sistema, allora è *partie jointe*, allora è ricusabile.

È ricusabile perchè si tiene per fermo che le sue parole, eloquenti

(a) Sono lievi cagioni, l'affinità di 4° grado, l'esser creditore o debitore, una lite pendente in altro tribunale ove l'avversario siede giudice, una lite civile già anteriore di sei mesi, ecc.

quantunque non imperative, che le sue opinioni sostenute dal prestigio della sua autorità, quantunque non definitive, possano aver un eco nell'animo dei giudici, e corrompere la bontà del loro criterio. Ebbene: perchè, *parte principale*, l'oratore del pubblico Ministero sarà meno energico e meno potente? Perchè sarà meno temibile la seduzione della sua parola e il sofisma delle sue sentenze? Ma è troppo evidente che a cause uguali deve tener dietro il medesimo effetto.

Soliti a vedere da vicino e in atto pratico le opere del pubblico Ministero, noi siamo più che altri in grado di apprezzarne la integrità come il valore, e di farne il meritato elogio. Noi abbiamo fede pienissima nella moralità dei suoi ufficiali, come nella sapienza dei suoi oratori. Ma la questione, nel modo con cui la legislazione ce la presenta, è anche meno d'interesse giuridico che scientifico. Nel punto di vista della logica, noi potremmo persino ammettere che il pubblico Ministero, atteso l'ufficio suo meramente consultivo, fosse irricusabile: ma colpirlo colla ricusa in un caso, quando *non è parte principale*, ed esentarnelo quando *è parte principale*, è ciò che assolutamente oppugniamo, e facciamo voti perchè venga tolto.

In tutte queste teorie francesi noi siamo sempre sotto la impressione di un pubblico Ministero interessato, *difensore della società*, parte ostile che combatte l'accusato e la sua difesa. Ciò che è incredibile a dirsi, eppure è una conseguenza necessaria, si è che la legge non concede all'accusato il diritto di ricusa, perchè il pubblico Ministero è il suo avversario naturale e le passioni dell'odio e dell'amore gli sono permesse come sono permesse alla difesa. Quindi potrà avere un interesse diretto: coniuge mortalmente offeso, o nemico dichiarato, tant'è. Se nella pravità dell'affetto che lo spinge, conscio della innocenza dell'accusato, insisterà per la condanna, non importa: la legge non se ne commuove.

Non si è poi riflettuto che questo ufficiale non ha solamente le attribuzioni della parola, e può nella estensione del suo ufficio disporre di tanti altri mezzi per nuocere.

La nostra teoria invece ha collocata la istituzione a maggiore altezza. Il pubblico Ministero è semplicemente un organo del diritto. Come tale, non ha passioni e non può averne; e puro deve serbarsi, immacolato non solo nel fatto ma eziandio nella opinione perchè la sua voce, il suo giudizio, ha un gran valore morale, e aggiunge autorità alle decisioni della giustizia.

Quel diritto di ricusa insomma che milita rapporto ai giudici per l'interesse che abbiamo di averli scevri e intemerati sin del sospetto, come la moglie di Cesare, fa ugualmente per gli ufficiali del pubblico Ministero; e sarà onore e custodia di questa istituzione nobilissima, quantunque possa sembrare umiliazione di qualche individuo (a).

## § XLVI. — *Della responsabilità civile degli ufficiali del pubblico Ministero.*

(Azione civile francese, *Prise à partie*).

(MANGIN, *Compendio*, n. 61, 62).

### I.

*Dell'errore.*

234. I giudici e gli uffiziali del pubblico Ministero sono civilmente responsabili nell'esercizio delle loro funzioni. 1° Se vi fu dolo, frode od omissione ad essi imputabili sia nel corso del procedimento sia in occasione della sentenza. 2° Se vi fu denegazione di giustizia, ossia rifiuto di provvedere sulle domande delle parti, o trascuranza di giudicare o conchiudere sopra affari in istato di esser decisi (b): 3° negli altri casi dalle leggi espressamente dichiarati. *Art.* 640, *del Cod. di proc. civ.* del 1859 (c).

(a) La idea che il pubblico Ministero *possiede l'azione* quanto ai crimini, e ne *partecipa* quanto ai fatti contro i quali si procede con *citazione diretta* può passare come spiritosa: la formula però dice ben poco quando non sia sufficientemente sviluppata. Quello che appartiene all'attuale argomento è che il pubblico Ministero nelle cose penali è sempre considerato *parte principale:* il che, sia detto di passaggio, dissuona dalla idea della *partecipanza*. Niente osta che ci sia *una parte civile* in giudizio, mentre secondo la teoria francese, il pubblico Ministero resta sempre *parte principale*, benchè se pongasi mente non alla funzione ma al carattere, la parte civile è la *parte vera*, cioè il solo contraddittore naturale e avversario legittimo dell'accusato.

(b) Il nuovo Codice di proc. civ. ha qualche varietà di redazione. 1° *Quando nell'esercizio delle loro funzioni siano imputabili di dolo, frode, o concussione.* 2° *Quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti o tralascino di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato di esser decisi.*

(c) Solito e cattivo metodo quello dei nostri Codici di procedura di riferirsi a luoghi indeterminati, forse non esistenti, che ci fa travedere, senza indicarlo espressamente, che le disposizioni portate nell'articolo non sono complete.

235. Qual è il fondamento materiale *dell'azione civile?* Il più semplice: cioè quel dettato di ragione, che ognuno che è stato causa di un danno deve farne ammenda e ripararlo.

Questa base però così semplice riceve una modificazione o meglio limitazione, rispetto ai magistrati; poichè il fatto loro che li espone alla risponsabilità civile è qualificato *di dolo, di frode*, o di qualche cosa parificabile al dolo, quantunque negativo. Al di sotto di quello, ma non meno disastroso nelle conseguenze, giace l'*errore* del magistrato il quale però non è considerato per ragioni che addurremo più avanti.

Essendo il dolo e la frode elementi d'ogni reato e capaci di comprenderli tutti, resta ancora a tracciarsi la distanza che passa fra la disposizione civile che esaminiamo e i proprii e veri reati che sono in dominio della legge penale. Quantunque prudentemente la legge abbia lasciato i fatti *dell'azione civile* in una determinazione generica, stanno però evidentemente fuori di essa, colpiti da più terribile sanzione, *i crimini di prevaricazione* (a); nei quali il dolo e la frode si concretano in forme precise, acquistano un carattere, un nome, e direi così, un rango penale. Gli art. 210, 212, 217, 218, 221, 222, ne forniscono esempi. Per definire adunque la natura alquanto vaga dei fatti contenuti nell'art. 640, bisogna apprezzare un elemento positivo ed uno negativo (b). L'oggetto consistente *nella mancanza, più o meno intenzionale ad un dovere di giustizia annesso ad una funzione giudiziaria, con effetto di danno immediato*. L'elemento negativo differenziale è questo: che, non concorrano nel fatto caratteri supremi d'improbità meritevoli di esemplare condanna, giusta gl'indicati ed altri articoli del Codice penale. Non escludo gli accidenti di un'azione volontariamente limitata ai danni-interessi mentre potrebbe istaurarsi un giudizio penale: indulgenza di cui la teoria non può tener conto. Dopo tutto questo per altro la difficoltà pratica non è ancora bene risolta.

(a) *Cod. pen.*, art. 207. — Ogni crimine commesso da un uffiziale pubblico nell'esercizio delle sue funzioni, è una prevaricazione. — Art. 208. — Ogni prevaricazione contro la quale non è stabilita dalla legge una pena maggiore, è punita colla interdizione dai pubblici uffici. — Art. 209. — Il semplice delitto non costituisce l'uffiziale pubblico reo di prevaricazione.

(b) Anche il *mancamento* può dirsi appartenere alla categoria dei negativi; ma quando si manca colla volontà di mancare, effettivamente si delinque.

236. Una pratica che ragioni è sempre appoggiata in qualche principio teoretico: proseguendo, noi dunque ampliamo la teoria.

La procedura penale francese aveva dei richiami che servivano come di guida agl'interpreti per comprendere lo spirito della istituzione. Erano gli art. 112, 271 e 388. Il primo, imponendo al giudice l'istruzione e al procuratore del re la severa osservanza delle formalità prescritte nei mandati di comparizione e d'arresto; il secondo, vietando al procuratore generale di portare alla Corte d'assise accuse non regolarmente pronunciate; il terzo, nello statuire che l'assoluzione riportata dall'accusato non gli attribuisce facoltà di procedere per danni-interessi contro il funzionario in causa del parere da lui esposto; tutti questi articoli finiscono con una minaccia velata di condizione, *sauf contre eux la demande en prise a partie, s'il y a lieu*. Se ne deduceva primieramente un nesso di relazione necessario fra quello e il Codice di procedura alla quale la legge evidentemente si riferiva. Se non che anche senza quei richiami e quelle clausule era palese che la *prise à partie*, inserita nella procedura civile, allo scopo della emenda dei danni-interessi, era una istituzione civile.

In merito quegli articoli facevano l'effetto di quelle aperture che fra tavole mal connesse lasciano vedere in qualche parte l'interno lavorlo. I primi due additavano a quali materie si acconcia opportunamente *la prise à partie*. Il terzo invece segnava uno dei suoi limiti. La redazione era cattiva; era cattiva perchè le clausule erano inutili; era cattiva perchè quelle sfiducie dei magistrati, quel mostrare in aria il flagello, assai proprio d'altronde agl'istituti francesi, non conferiva per certo alla dignità dei magistrati e all'autorità dei procedimenti. Del resto si scorgeva come per via di esempio, che un giudice d'istruzione, un procuratore del re rilasciando imprudentemente mandati irregolari; un procuratore generale esagerando l'accusa, rendendo più grave la situazione abbastanza penosa di un accusato, potevano anche celare mire maligne e fini disonesti, e si veniva a spiegare quello che di troppo generico è sancito nella legge civile (*a*).

(*a*) Una riserva è pure nell'art. 77, *Cod. d'instruct.* rapporto al giudice istrutore. CARNOT osserva. « Ces mots de l'art. 77, *s'il y a lieu*, annoncent clairement qu'il ne suffit pas que la matérialité du fait soit constante pour autoriser la prise à partie. Celui qui forme une semblable demande doit en détailler les motifs dans sa requête, puisque l'art. 113, du Cod. de procéd. civ. autorise le tribunal devant lequel la demande est formée, à la rejeter, sans même appeler le juge

Ora sulla materia nella quale può l'iniquo talento del magistrato esercitarsi, non restiamo in dubbio. Non vi è funzione del processo inutile; ogni funzione può essere travolta dalla giustizia e santità del suo scopo. Perciò con buona ragione sono colpiti eziandio i fatti di omissione, che si ammantano d'ignoranza come i fatti di commissione che si ammantano di zelo; perchè e negli uni e negli altri, in modi diversi, si calpesta la legge per calpestar la giustizia.

237. Ciò che si deve assolutamente escludere da siffatti giudizii, è la teoria del *dolo presunto*. La *intenzione* di nuocere dev'essere formalmente dimostrata.

Il principio che — *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est* — non può essere invocato. Checchessia delle redarguizioni e coercizioni disciplinari, la presunzione dell'operare onesto è il fondamento dell'autorità giudiziaria. Questa presunzione, nel rispetto subbiettivo o personale, è fondata nella storia medesima della magistratura attiva che ha dei precedenti i più rispettabili in un lungo esercizio di probità e nel carattere morale dell'uomo, che si deduce dalla scelta che deve sempre ritenersi ponderatamente fatta dal governo, e dalla sua permanenza nella carica a fronte di una continua sorveglianza che si estende ancora alla moralità della sua vita privata. Tutto questo non rimuove l'errore; ma l'errore (che non viene in considerazione per le ragioni teoriche che or ora accennerò) è la negazione semplice della perversa volontà. E pure in questo la dottrina ha progredito in un col senso morale. Bisogna che la opinione pubblica sia persuasa che in questo grande consorzio della magistratura regna il sentimento dell'onore come nella milizia armata. La diffidenza che in altri tempi accompagnava le previsioni dei legislatori, attestava pur troppo lo stato della moralità generale. Negate ogni favore a uomini non provati, teneteli lontani dalle cariche; ma una volta eletti, accordate ad essi una fiducia intera; lasciate ad essi e alla loro coscienza tutta la responsabilità della loro indipendenza. Quando i procuratori del re *ed altri giustizieri* erano fatti mancipii del poter regio, si speculava in forza di quali indizii con quali prove si erano

inculpé ». Illustrando l'art. 358, e parlando dell'azione civile a cui può esporsi il funzionario del pubblico Ministero dice con ragione: « Il faut qu'il puisse *lui être imputée une intention de mire;* autrement, que serait le fonctionnaire public qui se hasarderait à donner avis des crimes dont la connaissance lui serait pervenue? »

istaurati i processi. Il processo era più che altro un affare di polizia e un giuoco, a dir così, di destrezza; i denunciatori si tenevano coperti, e non apparendo che l'opera del procuratore del re, egli doveva rispondere della sicurezza delle sue informazioni secrete, della solvibilità del denunciante, e persino della calunnia, e tenersi pronto a rifondere i danni (a). Le idee sul vero carattere del pubblico Ministero erano mal ferme; prevaleva quella dell'*accusator publicus* e della sua azione interessata (b).

238. L'art. 743 del recente Codice di procedura (non meno dell'art. 640, del precedente) sembra dar motivo a qualche dubbio intorno alla necessità di provare che il fatto colpito dalla sua disposizione dev'essere imputabile per causa di dolo, incontrandosi fra il n. 1° e il 2° dell'articolo 783, una discretiva notabilissima, parlando quello di dolo, frode e concussione; e nulla di tutto questo leggendosi nel secondo. Dal quale silenzio si potrebbe arguire che nei fatti del n. 2° non fosse d'uopo provare il dolo, quasi il dolo sia *in re ipsa;* e bastare qualunque *rifiuto*, anche non iterato, *a provvedere sulla domanda delle parti;* bastare che per una causa qualunque, si *tralasci di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato di esser decisi*. Ma è impossibile il ritenere che un rifiuto e un tralasciare di giudicare per se solo, senza provare nient'altro, esponga il magistrato *allo scandalo* della *prise à partie*, giudizio odioso e riservato alle cattive azioni. Bisogna rammentarsi la gravità e può dirsi enormità della imputazione dalla quale è colpito il magistrato nella ipotesi del n. 1° di quell'articolo, a concluderne, secondo ogni regola di buona ermeneutica, che i fatti che nella medesima pena sono congiunti, debbano contenere elementi consimili di reità e di colpa. Due cose pertanto io credo abbia a provare colui che promuove l'azione; 1° di essere in quelle condizioni di diritto che sono prevedute dal-

(a) IMBERT, *Proc. civ. et crim. Ch.* 1, *n.* 7. ROUSSEAND DE LACOMBE, *Mat. Crim. Part.* 3, *Ch.* 1, *Sect.* V. HELIE, *Traité de l'action pub.* n. 862.

(b) Si trova in MANGIN (n. del trattato 120) che la Corte di cassazione francese decise (Arr. 23 juil. 1806), che *le faut grave doit être assimilée au dol;* onde ammise *la prise à partie* contro il direttore del giurì (deve intendersi del giurì d'accusa) che aveva colpito con mandato d'arresto e inviato al tribunale correzionale un imputato di tal fatto che, anche vero, *non avrebbe avuto neppure l'apparenza di un delitto*. Non è a dire se questa decisione, rimasta io credo, isolata, sia fondata essa stessa in un errore giuridico.

l'articolo ; 2° che per cause assolutamente ingiuste e non scevre di colpa grave per parte del magistrato, la sua domanda, o il suo diritto rimase inesaudito.

## § XLVII. — *Continuazione.*
## *Responsabilità dell'errore nel magistrato.*

239. Resta ad esaminare la responsabilità dell'errore.

Chi volesse costituire una simile teoria sentirebbe una resistenza, che anche incompresa nelle sue ragioni, non saria meno invincibile. Donde questa resistenza? Dal senso certamente della impossibilità di poterla attuare. Primieramente si dovrebbe trasportare nella specialità del campo giudiziario la dottrina dell'errore e delle sue conseguenze nell'ordine delle contrattazioni o nell'ordine dei fatti penali, e distinguere fra errore di fatto ed errore di diritto, fra errori vincibili ed invincibili ; fra errori dubbii ed errori evidenti. Quale confusione ! Un sindacato di tal genere di una magistratura sopra un'altra magistratura per punirla d'incapacità intellettuale, renderebbe necessaria un'altra magistratura che quella giudicasse a sua volta, e così via, perchè non si sa mai dove l'errore finisca. Ma gli autori dell'ordinanza del dicembre 1840, sorpassando le gradazioni dell'errore, non avrebbero fatta scaturire la responsabilità che dalla evidenza dell'errore, da un'estrema inconsideratezza ; e qui credo doversi distinguere. Se la inconsideratezza, la negligenza è stata tale che un istante, un ricorrente, uno che aveva dei diritti da esercitare, non ha potuto esercitarli, o per causa della inconsiderata opera del magistrato è venuto in una condizione d'esercizio più o meno deteriore, questo magistrato dovrà rifondere il danno recato. Si sono consegnati al procuratore del re dei documenti importantissimi dai quali apparivano le prove del reato, per esempio, la famigliare corrispondenza degli adulteri, la prova di un falso testamentario, e il procuratore del re le ha perdute. Istanze sopra istanze furono fatte onde si esaminasse un testimonio di vista, il depositario di una confessione fatta da un defunto sulla quale non esiste verun altro documento ; *e si è denegata* questa giustizia: intanto il testimonio, il depositario è morto. Quel neghittoso magistrato non dovrà rispondere dei danni ? A me pare che si. Un notaio, un cancelliere che smarrisse per negligenza i

documenti a lui consegnati, non sarebbe trattato altrimenti. Se poi non si tratta che di errore della mente del giudice, la cosa è diversa.

Le differenze appaiono già troppo manifeste perchè abbiano a confondersi tali fatti coll'errore intellettuale del giudice (a). Ma la confusione *dell'errore e della inconsideratezza*, nascendo coi primi regolamenti di questo istituto, venne mantenuta da qualche insigne scrittore, e ha rese necessarie le presenti osservazioni.

Ecco in fatti cosa dice il Mangin, colla presunzione, a quanto si vede, di dettare una dottrina fondamentale. « Le Ministère public ne peut être recherché que pour ses prévarications ; qu'il n'est point responsable de ses erreurs : *a moins qu'elles n'aient un caractère d'inconsidération tel qu'on ne doit point l'excuser dans un homme chargé d'une fonction aussi redoutable* » n. 120, op.

Questo passo valga a giustificare le mie parole anzichè mi siano cagione di farne delle altre ; e vengo ad alcune considerazioni *sull'errore*.

240. L'errore giudiziale ha le sue riparazioni nei metodi stabiliti dalle leggi, nei reclami, nelle appellazioni, nei ricorsi. L'opera del giudice è sindacata non la persona ; il suo modo di vedere, la sua risoluzione è biasimata, ma non si critica la sua forza mentale, e la sua intelligenza è rispettata.

Quanto ai giudici, e qui comprendo sempre gli ufficiali del pubblico Ministero, si può osservare, che noi non siamo obbligati a prestare che ciò che abbiamo promesso e possiamo promettere ; noi ci obblighiamo alla lealtà, alla probità, allo studio, alla diligenza : alla infallibilità non possiamo obbligarci.

Sarebbe inutile soggiungere che possiamo almeno obbligarci a prestare *gli errori evidenti ;* poichè i nostri errori, evidenti per gli altri, per noi non lo sono mai.

Vero è nondimeno, bisogna dirlo, se lo scandaglio dell'errore dei giudici fosse possibile, se ne troverebbe più d'una volta la biasimevole radice nella volontà ; in quanto possono dirsi voluti gli errori per ovviare ai quali non s'impiegano tutte le forze dell'attività del-

(a) Impedire per una causa qualunque che altri non possa far valere i suoi diritti, toglierne i mezzi, privarlo delle sue prove, e via discorrendo, non è peccato proprio della qualità di giudice : e quando noi entriamo nel campo illimitato della inconsideratezza e della negligenza perdiamo di vista le specialità del nostro soggetto.

l'attenzione e dello studio che sono in nostro potere: teoria che nelle relazioni ordinarie della vita civile ci espone a vere ed anche gravi responsabilità. Pur troppo una lettura superficiale e disattenta, o la stanchezza di percorrere le carte d'un processo, o una debole applicazione della mente ove si esige uno sforzo maggiore ci fanno cadere in errori non difficilmente evitabili: ed io trovo che non sono quasi mai nè la probità nè la dottrina che faccian difetto. Io griderei diligenza, diligenza, e poi diligenza, se avessi veramente quell'autorità che sembra conferirmi il grado. Ma dalla natura stessa della istituzione emana la ragione per la quale i magistrati dell'ordine giudiziario non sono personalmente obbligati dei loro errori di buona fede verso la legge civile.

**241.** Il complemento, il riassunto, e tutta la importanza complessiva della istituzione giudiziaria, voi dovete contemplarlo *nella cosa giudicata*. È questa la meta e il termine di tutti i mezzi e di tutte le manifestazioni che appariscono in un periodo più o meno lungo in forme e fasi diverse e anche contrarie, che si chiama un processo. Quelle diverse fasi e quelle varie manifestazioni, agitando la questione, hanno valso uno svolgimento più esteso e compiuto: dai cozzi delle opinioni, dai discordi garriti delle parti, dalle disformi vedute della magistratura, cosa è uscito? *La verità:* perchè la cosa giudicata è la verità.

Dov'è dunque l'errore; dove vogliamo perseguitare l'errore? In quei giudici della Camera delle accuse che hanno inviato alle assise un uomo di poi assolto; o in quei procuratori del re che proposero conclusioni non accolte; o in quei tribunali che pronunciarono sentenze rivocate o cassate? Ma non furono che mezzi; un contributo d'idee varie diversamente senzienti perchè libere, perchè aggirantisi intorno la estimativa di fatti morali che possono contemplarsi da varii punti di vista; mezzi e contributi che si fondono in una decisione determinativa e finale della quale la verità è il risultato. L'operare giudiziario è uno e solidale; uno è il giudizio che si svolge sopra stesso: gli appelli, le cassazioni sono esami prolungati, moltiplici, se vuolsi, della questione; ma la istituzione giudiziaria, l'ho detto, vi dà per ultimo risultato *la verità;* i cittadini, i privati, la società, lo Stato, non possono chiederle conto dei suoi dubbii, delle sue oscillazioni, e del cammino che ha dovuto percorrere per giungere a tal risultato.

Ecco un sistema di vera e necessaria creazione politica. Secondo il quale sistema, che crede nell'ultima parola dell'autorità umana per assicurare le stabilità dei diritti, non ci sono errori riparabili con azione personale contro i magistrati, perchè la legge insegnava a ripararli, perchè si ritiene siano stati usati i mezzi legittimi per ottenere la riparazione, perchè se non furono usati, cessa ogni ragione di lamento: o l'errore non c'era, o si rinunciò a discuterne. In tale maniera, quantunque la irresponsabilità del magistrato sia fondata in un sistema di utilità e convenienza sociale o *gius* secondario, non manca di sostegno nel *gius* primario e nella retta ragione.

242. Nel parere di Hello i giudici sono irresponsabili perchè non hanno libertà di giudizio, dovendo in tutto servire alla legge. Il pensiero è troppo spinto, non essendo meccanici esecutori, e tanto restando di arbitrio nell'interpretazione e nell'applicazione da poterne abusare.

La identificazione della personalità del giudice nella istituzione è un concetto della civiltà. Nell'età meno schiarite si teneva operare il giudice per conto proprio ; e l'appello aveva sembianza di provocazione (*provocatio*) contro la ingiuria fatta dal giudice al litigante, retribuendo la sua fiducia con una ingiustizia. In certi luoghi e tempi fu persino esposto a sfide personali. *Appellatio quidem quaerelam iniquitatis continet*, si disse pur anco da quei giuristi che avevano sì chiara idea della giustizia (a). Il magistrato non diventa persona separata e distinta dall'ufficio suo se non quando volontariamente se ne divide con qualche sua azione del medesimo ufficio indegna. Allora egli non può più dire, io sono organo del diritto, sono irresponsabile.

(a) L. 17, *De minor.* Nel tempo stesso, poichè il *convicium* contro il giudice era quasi naturale istinto del soccombente, fu d'uopo scrivere una legge nel titolo *de injuriis* (42) per frenarlo. *Judici ab appellatoribus convicium fieri non oportet, alioquin infamia notantur*, e nel frammento 7, *de appellat.* dal libro di Ulpiano. *Illud sciendum est, eum qui provocavit, non debere convicium ei a quo appellat: caeterum oportebit eum plecti.* Ai quali testi possono aggiungersi le LL. 2, 11, 13, 15, 20, 25 ed altre del Codice *Teodos. de appellat.* Quindi la interposizione del principe per la quale la questione usciva dalla sfera giudiziaria, ritornando alla fonte del potere e alla volontà suprema. Quindi il non rispetto della cosa giudicata, e le restituzioni *in integrum* concesse dal principe.

## CAPO VI.

### Del soggetto di diritto dell'azione civile.

(MANGIN, *Compendio*, dal n. 63 al 69).

### § XLVIII. — *Di alcune determinazioni del Codice su questa materia.*

**243.** Dal Cod. di proc. crim. si apprende: — 1° che *ogni reato può dar luogo ad un'azione civile pel risarcimento del danno* (art. 1°); — 2° che *l'azione civile appartiene ai danneggiati e loro eredi;* — 3° che *ogni persona che si pretenderà offesa e danneggiata potrà portarne querela avanti all'autorità alla quale può farsene denuncia;* — 4° che *possono portar querela, il marito per la moglie, l'ascendente pei discendenti minori sottoposti alla sua podestà, ed il tutore per chi è soggetto alla sua tutela:* salvo il disposto degli articoli 482 e 485 del Codice penale; — 5° che *ogni persona offesa o danneggiata da un reato può costituirsi parte civile nel giudizio penale, benchè non abbia portato querela.* — Le persone che non hanno la libera amministrazione dei loro beni non possono costituirsi parte civile se non sono autorizzate nelle forme prescritte per l'esercizio delle azioni civili.

Il Codice d'istruzione francese più scarso di norme direttive, ha dato un maggior largo al commentario e una certa opportunità di ricerche che sono da farsi alla scienza. Bisogna anche convenire che questa dottrina è trattata con una compitezza superiore alla ordinaria se non da un solo almeno presi insieme dagli autori francesi: contut-

tociò ho fiducia di potervi aggiungere qualche cosa e anche di presentarla in un corpo meglio ordinato, servendomi pure dei vantaggi che ne porge la miglior redazione del Codice nostro.

## § XLIX. — *Della capacità e dell'interesse.*

### I.

*Come qualità personali.*

244. Tutte le azioni nell'ordine privato sono basate nell'interesse, o in altre parole, l'interesse è la base del diritto in quanto si esercita contro coloro che li riteniamo obbligati. L'interesse difatti è la prima idea che si presenta e precorre la cognizione del diritto mentre ne presuppone la esistenza. L'interesse *è la ragione dell'agire giudiziario* sotto qualunque forma o di azione o di eccezione o d'intervento nelle altrui controversie. E ciò perchè il diritto stesso è un interesse, nel giro delle relazioni umane, supremo. Mancare d'interesse è dunque mancare di diritto. Un interesse di questa natura è un interesse protetto dalla legge, ha il carattere della legittimità, e quindi abile per se stesso a limitare l'attività libera di un altro soggetto di diritto, sottoponendolo *judicii periculo*, o contrastando alle sue pretese.

Più che mai nell'esercizio penale questo interesse dev'essere giustificato.

245. Quando si tratta di un diritto che si estende sopra una gran massa d'uomini, più ancora, di un diritto assoluto e universale, quello della giustizia, l'interesse per necessaria corrispondenza è comune a tutti gli uomini, a tutti direi, gl'individui della specie: e così osservato l'interesse si nobilita perchè infinitamente meno personale e si trasforma in dovere, perchè l'elemento che vi predomina è l'interesse altrui e il bene generale. Tutti quindi sono moralmente obbligati a denunciare quei gravissimi misfatti che compromettono la sicurezza generale il che vale contribuire al bene pubblico. Tal è il *diritto della denuncia*.

Nondimeno un simile interesse non può considerarsi come una vera entità giudiziaria: esso è piuttosto un utile ausiliario, un elemento di forza sociale messo in moto per un istante ma che tosto si confonde e svanisce in quell'azione permanente della giustizia che rac-

coglie e rappresenta tutti gl'interessi perchè rappresenta il diritto. Perciò il *denunciante* non ha posto durevole e tosto scomparisce dalla scena non essendo che un privato incaricato per un momento, *utilitatis causa*, di una funzione sociale (*a*) che non solo non possiede le qualità giuridiche per erigersi contraddittore di un accusato e concorrere nell'accusa, ma le sue medesime intenzioni, quantunque abbia nominato persone, non furono dirette dal punto di vista di una ostilità personale.

Nella *querela* all'incontro l'interesse agisce ad uno scopo di reazione contro la offesa: allora l'interesse si personifica e questo è il carattere suo proprio. Ma in qualunque modo si esprima l'azione civile, o si svolga semplicemente nella sua sfera naturale per la riparazione di un danno, o si aggiunga all'azione pubblica (propriamente penale) colla querela o coll'assunzione di una parte giudiziaria, l'interesse restando quello che è, si pone come causa legittimante codesti diversi moti più o meno pronunciati ed energici. In generale è *l'interest mea*, l'elemento utilitario, che feconda nell'estrinseche manifestazioni le relazioni di diritto ed è comune a tutte le azioni (*b*).

246. *Capacità e interesse* sono ricerche fondamentali ma subordinate. È chiaro che la capacità la quale importa *la potestà di fare* precede logicamente la questione dell'interesse che riguarda la *ragione del fare*, benchè non sia punto la ragione dell'ottenere.

247. La condizione di capacità, essenziale a qualunque esercizio giuridico ha una triplice efficienza ; 1° nell'intrinseco del diritto è il potere dell'azione, la *potestas agendi ;* 2° è *la voluntas*, l'affermazione efficace del proprio diritto perchè l'incapace non può affermare diritti, onde non obbliga la parte contraria a rispondere alle sue pretese e non coarta la contestazione del merito ; 3° nei rapporti collo Stato è la tutela della personalità e la difesa dagli errori e dalle incongrue responsabilità a cui si espone colui che ha pienezza delle sue facoltà e la coscienza perfetta del proprio volere.

(*a*) Il disinteresse è assoluto nel denunciante *necessario*, mancando al tutto di spontaneità.

(*b*) Per altro l'azione civile è un *gius singulare*, essendo un prodotto del reato dal quale come *de causa* discende, e non si forma in verun'altra maniera neppure *ad occasionem* dello stesso reato di che il Mangin ci ha dato esempio in una decisione della Cassazione francese quasi per intero trascritta al n. 122. (Trattato).

248. Ciò quanto alla capacità. L'interesse, lo abbiamo già detto, non è la *potestas agendi* ma la primitiva ed apparente *ratio agendi* che ci attribuisce la qualità di petente e di eccipiente legittimo; è la veste legale.

L'interesse è una utilità che abbiamo in vista, ma fondata nel diritto. Questa regola discerne l'interesse legittimo da quello che non lo è; guarentisce da capricci senza scopo, e da affronti ingiuriosi. Ma l'interesse non può pretendere che *all'apparenza* del diritto: ossia, deve constare *della sua relazione logica* col diritto. Più tardi questo interesse rivestito dell'abito del diritto sarà lo stesso diritto.

La questione dell'interesse, abilitando l'ingresso della lite o la ricevibilità della domanda, se sussegue alla questione della capacità, precede però quella del diritto. Ma siccome non basta un interesse qualunque, ma occorre un interesse legittimo, un interesse che stia in relazione colla legge, dovrà dunque essere riconosciuto tale. Cosa ci vuole per questo? Niente altro che l'asserzione del diritto; la dimostrazione contro chi la contrasta consiste in questo solo: *che la domanda è giuridica*. Se io asserisco che essendo tu milionario devi far parte, a me proletario, della tua sostanza; io ho interesse non però un interesse giuridico, un interesse protetto dal diritto. Se io metto in rapporto il mio interesse colla ragione giuridica, ecco tutto quello che mi resta a fare. Il diritto della citazione, e più largamente, *il diritto di petizione*, non è che questo. L'espressione del Codice, è esatta *chi si pretende* leso... (art. 104).

249. Con tutto ciò la questione non è ancora sciolta. Osservo qui, che nelle controversie civili, e in presenza di un oggetto economico, il concetto dell'interesse si determina molto più facilmente. Nelle questioni penali può presentarsi un interesse di non facile determinazione e apprezzabile sotto diversi aspetti come ora diremo.

250. Uno di tali aspetti è quello che chiamo interesse *tutelare*. L'esame rientra nella questione *di capacità*. Noi supponiamo che la parte offesa sia in uno stato di incapacità o naturale o giuridica. Anche un infante può esser leso ed eccitare l'azione del padre o del tutore. Non è punto dubbioso che il padre, il tutore, e qualunque altro agente qual rappresentante di persona offesa, incapace di agire, non rechi in giudizio l'interesse proprio ma quello del suo rappresentato.

251. Non intendo perchè l'Helie (a) (n. 737), abbia enunciato in un certo modo assoluto, che la offesa stessa attribuisce la capacità, riferendosi ad un testo del diritto romano che concerne il diritto della *publica accusatio* (b). Mi affretto a dichiarare che poco appresso lo stesso autore cancella questo tratto di penna, assumendo la vera questione. Se non avesse citato inopportunamente quel testo, si potrebbe benissimo difendere col distinguere fra la capacità della *publica accusatio* da quella della quale qui trattasi. In effetto la offesa personale attribuiva una capacità che altronde non si avrebbe avuta, ma di leggieri si scorge che quella specie di capacità non era naturale ma civile; e non civile soltanto ma propria del diritto d'accusa. Del resto noi siamo assai lontani da quel concetto. Non si nega che la *denuncia* possa anche farsi da un offeso incapace, ma l'atto di denuncia non è propriamente l'esercizio di una funzione civile; è un sussidio di lumi che l'autorità riceve da chiunque, senza farne obbligo che a certe determinate persone (c). Ogni controversia che spinge l'offeso a propugnare i suoi diritti in faccia all'offensore, ha due caratteri che esigono assolutamente il requisito della capacità giuridica: la *volontà* di affermare il proprio diritto che si traduce nella *potestà* di esercitarlo; e la *responsabilità* che ne discende e richiama l'azione tutelare della legge.

È chiaro che la questione di capacità dipende dalla estimativa della legge civile. Vi ha un genere d'incapacità che può chiamarsi convenzionale non derivando dall'ordine naturale. Tal è quello della donna maritata che non è sempre ugualmente apprezzata in tutti i Codici.

La donna in generale rimossa dal diritto di accusare, in molti casi vi era ammessa (d). Ma evidentemente ciò si attiene alla indole di quella istituzione e non conferisce alla presente ricerca. La incapacità *propter sexum* è una di quelle che si contengono nella teoria

(a) Quando mi richiamo a questo illustre autore, l'opera che cito, mancando ogni altra indicazione è quella del *Traité de l'action pub.*

(b) L. 11, *D. De accusat.* Avrò luogo di mostrare che questo benemerito ed elegantissimo scrittore non cita sempre a proposito i testi del diritto romano.

(c) Si è detto che la denuncia non è che un diritto *di difesa.* Non converrei nella esattezza di questa idea.

(d) L. 2, *D. De accusat.* « Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio: veluti si mortem exequantur eorum earumque in quos ex lege (4ª e 5ª, de testibus, testimonium publicum invitae non dicunt ». Nella legge 1ª, la limitazione è anche più specificamente espressa.

portata dalle LL. 8 e 9, *de accusat.* delle quali condizioni l'unica che potrebb'essere suscettibile di esame ai tempi nostri, sarebbe quella *propter delictum*, non nel punto di vista *della infamia*, ma della capacità giuridica di stare in giudizio, regolata pur essa dalla legge civile e sulla quale non mi trattengo.

È inutile avvertire che *il diritto tutelare* è sorgente d'interesse affatto diverso dal parentale o di convivio o di affezione che sarà materia a qualcuno dei seguenti §§.

## § L. — *Continuazione. Dell'interesse personale.*

252. Il reato offende un soggetto di diritto, una persona, non un animale o una cosa contro i quali non si delinque perchè non hanno diritti. Tutta quella somma di diritti che gli derivano dal maleficio di cui è vittima, diritti di denuncia, di querela, di azione civile, sono suoi, gli appartengono come sua proprietà; perchè la sua persona è offesa.

Ciò essendo chiaro, potrà ricercarsi se l'offeso possa trasmettere i suoi diritti, o anche se possa esser vincolato nell'esercizio di essi (*a*), insomma se la proprietà dell'azione sia alienabile, ma intanto la possiede e come proprietario la mantiene ad esclusione di ogni altro. Egli ne ha la piena disponibilità, sino a poterla non esercitare, rinunziarvi, e perdonare al suo offensore.

Sotto qualunque aspetto si consideri l'interesse, si riferisce alla persona come sede del diritto. Può dirsi che vi è un interesse *economico* e un interesse *morale*; un danno materiale da risarcire, un dolore dell'animo da soddisfare. Ma può concepirsi un dolore dell'animo, capace di un esercizio estrinseco di diritti, senza un danno materiale? Vogliamo osservarlo di passaggio.

L'azione civile procede sempre da reato che personalmente ci ha colpiti, e un danno lo lamentiamo sempre. La legge, in un positivismo di cui non le si deve dar carico, non si occupa, almeno in vista, delle nostre afflizioni morali e non sembra computare fra i nostri danni fuor quelli che possono liquidarsi a lire e soldi; tale linguaggio è secondato dai diversi modi apparecchiati per accertare, come di-

(*a*) Per esempio dai creditori. Lo vedremo più oltre.

cono, il danno. Stimo però che la legge abbia voluto con ciò provvedere a tutto, come suol dirsi; o che il danno effettivo e patrimoniale sia l'unico considerabile dalla legge civile anche in materia di reati, o un danno morale sia valutabile a contanti, secondo la panacea del nostro Gioja, e come lo è senza dubbio quando il danno morale genera conseguenze sue proprie di natura economica (a). Può anche concepirsi un danno puramente morale, uno di quei dolori impossibili a tradurre in moneta; la parte offesa, eserciterà per altro tutti i suoi diritti di parte civile nel giudizio penale, vi sarà poi o non vi sarà una liquidazione dei danni.

253. È pure riferibile alla persona quell'interesse che si è voluto chiamare *indiretto*, sotto il qual nome non sempre s'intende la stessa cosa. Suol chiamarsi *diretto* l'interesse che ha causa da un fatto che agisce immediatamente sulla nostra persona; *indiretto* quello che deriva da un male recato a persone a noi care e strettamente congiunte. La partizione suole pure qualificarsi in altro modo: l'interesse vien posto in relazione colla causa stessa del danno: per esempio dicesi che io ho interesse *diretto* quando la perdita dei lucri che io mi procurava colla mia industria personale mi derivò dalla ferita che mi impedì di attendervi: *indiretto* sarebbe l'interesse se, essendo io creditore di Tizio che mi pagava 10 lire per settimana sulla sua industria, essendo stato ferito da Caio non potè più pagarmi le 10 lire: contro Caio io non potrei spiegare che un interesse indiretto. Non escludo che simile nomenclatura, che presenta alla scienza idee non abbastanza precise, non possa essere stata adoperata in altro senso.

Vi è però una distanza grandissima fra i due modi di vedere. L'interesse che noi sentiamo per le ingiurie e i patimenti dei nostri cari sono ingiurie nostre (b); e le riceviamo effettivamente nella nostra persona. Si potrà quindi disputare se il nostro interesse sia compagno alla proprietà dell'azione, o in altri termini se sia in relazione al diritto; che il parente per lo solo motivo del dolore che gli trafigge l'animo, possa esercitare l'azione civile del reato; ma non si può ragionevolmente contrastare ch'esso non abbia *un interesse diretto*: talora più forte, e quasi si direbbe più personale che quello della per-

(a) La calunnia può avermi portato la perdita d'impieghi, di commercii, ecc.

(b) Fra i molti frammenti, che s'incontrano nel diritto romano, sono notevoli L. 151, fr. 6, *De injur.* e 11, *De accusat.*

sona medesima dell'offeso; imperocchè niuno dirà che il padre non sia ferito a morte nella persona del figlio, e non senta più di lui la punta del coltello nel cuore.

In massima quelli che dissero che in tema di azione civile *l'interesse indiretto* non è considerabile, dissero bene (*a*). Ma non bene ritennero anzi troppo male intesero la natura umana qualificando *indiretto*, quasi non proveniente da un mezzo che non fosse il medesimo esser nostro, un interesse morale del genere descritto. A parte intanto la questione delle parole, noi accettiamo con animo volonteroso, benchè solo in principio, la dottrina un po' invecchiata del Monyart de Vouglans che trova ammissibile la querela. « Lorsque l'injure nous a été faite dans la personne l'honneur ou les biens de nos proches, ou de ceux que nous avons dans notre puissance »; dottrina che il Mangin trova già troppo vecchia, aggiungendo « ces règles ne pourraient plus être observées aujourdui » quasi il cuore umano sia cambiato. Ma può esser cambiato od avere altra tempra il cuore dei legislatori, e difatti nella legge francese non vi è una parola che onori un sentimento si legittimo e santo (*b*). La giurisprudenza non poteva esser più generosa del Codice: tuttavia il buon Carnot, malgrado quel suo fare asciutto e la severa sua forma, condannò egli pure la teoria dell'*interesse indiretto* nell'ordine morale. Si ricordano con piacere le parole delle istruzioni del 29 settembre e 21 ottobre 1791; e son lieto che Duvergier, Bourguignon, Leselleyer, e forse Boitard, abbiano corretto con un grano d'affetto l'amarezza della dottrina professata in genere dagli annotatori del Codice d'istruzione. Resta però il determinare fin dove sia lecito alla sensibilità dei parenti ritrarre in sè la persona e i diritti dell'offeso.

254. Spetta alla ragione giuridica porre i confini. Per quanto si senta l'animo andar volontieri alla pendenza dei naturali affetti, convien ben guardarsi dallo indebolire i principii che sono la forza del diritto. Che i diritti nostri personali non siano disponibili per altri, e che le azioni si rispettino in quanto siano esercitate da chi ne ha giuridicamente il diritto, è regola fondamentale dei giudizii. Ne segue altresì che la condizione del reo saria molto peggiore se si

(*a*) Mangin. « Pour être recevable a former cette action, il faut avoir *un intérêt direct* a la réparation du délit, et un droit formé, n. 123 Tract.

(*b*) Vedi invece il citato nostro art. 104.

permettesse ai parenti di far quello che forse l'offeso non vuol fare o per mitezza d'animo, o perchè vuol perdonata la ingiuria, o per altri motivi. Bisognerebbe dunque sottostare alla guerra di vendicativi parenti che potrebbe anche parere una pallida reminiscenza delle persecuzioni parentali del medio evo.

La legge stessa (*a*) non impartisce che provvedimenti tutelari. Il marito può interporre querela per la moglie, l'ascendente pei discendenti minori sottoposti alla sua podestà, ed il tutore per chi è soggetto alla sua tutela: così la persona s'identifica e non si moltiplica (*b*).

Pertanto rispettando il *dolor justus* dei congiunti, e riconoscendo come nell'affetto si partecipa la offesa, troviamo che il principio della proprietà impone dei limiti necessarii all'esercizio dell'azione civile, i quali, *nella esistenza della persona offesa dal reato*, non possono varcarsi, riserbata la disputa a quegli avvenimenti che saranno per nascere dopochè la persona è mancata (*c*).

## § LI. — *Continuazione.*

255. L'offesa del reato può esser di natura che la realtà del danno economico caggia sulla persona di tale che non sia l'oggetto stesso della offesa. Io mandai il mio agente ad una fiera con un gruppo di danaro: il pover uomo fu bastonato e derubato. Le bastonate sono per lui, su me ricade il furto. Ecco due offesi in un sol tratto, e ne

(*a*) V. § XLVII, in princ.

(*b*) Benchè l'art. 165, non parli che di *querela*, può dubitarsi se nell'*auctoritas* sia compresa la facoltà di costituire *parte civile* il rappresentato per conformità di ragione. Ma attesa la maggiore responsabilità sarà d'uopo osservare quelle forme che fossero imposte dalla legge civile, art. 109.

(*c*) Abbiamo seguito nei nostri Codici il concetto del diritto romano più di quello che si crede. La *estensione* dell'azione è motivata dall'amore, ma il suo limite è nell'*auctoritas* e nel diritto di protezione se non di tutela. « Patitur quis injuriam non solum per semetipsum sed etiam per liberos suos quos in potestate habet; *idemque per uxorem suam*... Itaque si filiae alicujus, quae Titio nupta est, injuriam fecerit, non *solum filiae nomine* tecum injuriarum agi potest, *sed etiam patris quoque et mariti nomine*. Contra autem, si viro injuria facta sit: *uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est* ». Institut. de injuriis, § 2.

puoi finger molti. E a parlar con rigore vi è un offeso e un danneggiato, ed ognuno ha qualità per dare una querela. Provato che il danaro mi appartiene, potrò far di più: propormi parte civile, muovere azione di danni-interessi. È dunque a tenersi che più querelanti e più agenti per danni-interessi possono concorrere: tutti offesi o danneggiati nella persona e nell'avere. Il loro interesse rispettivo può esser vario: ma la teoria dell'interesse personale è perfettamente mantenuta.

Accade così che più persone siano offese e danneggiate d'un colpo. Qualche altra volta risulterà meno chiaro quale sia la persona offesa. Onde verranno due ricerche: 1° se vi siano più persone offese; 2° se sia da ammettersi il loro concorso, o l'una sia da preferirsi all'altra.

Questa idea del *quatenus et cujus interest* vogliamo subito chiarire con un esempio. L'adulterio è obbrobrioso al marito, doloroso al padre. Due interessi, senza dubbio, altamente apprezzabili. Se fingasi che il marito muoia poco appresso o non presenti querela, giusta i principii del diritto romano, il padre è ammesso a dolersene giudizialmente; se non che nel concorso dell'accusa, il marito era preferito perchè la ingiuria era più direttamente sua. L'esempio non è unico, io credo, di persone ravvolte con minore o maggior urto nelle angoscie di un misfatto. Conviene però soggiungere che le nostre leggi penali raramente ci lasciano esposti al dubbio. Nel caso supposto la querela è del solo marito. Più difficile praticamente sarà quello della *soppressione dello stato d'infante* che può realmente interessare a molte persone (*a*).

## § LII. — *Persona defunta.*

256. Poniamo tre ipotesi:

1° Il reato non fu causa della morte; l'offeso cessò di vivere per tutt'altra causa; e vivente non ha mai fatto istanza per la procedura;

2° Il reato è stato causa di pronta morte;

3° Il reato è postumo affatto; è uno di quelli che si commettono contro la santità dei sepolcri, o di quelli che oltraggiano e disonorano una memoria.

(*a*) Esempio di pluralità di azioni è a vedersi nel citato § 2 del tit. *De injur.* delle istituz. Adde §§ 4 e 5.

Ognuna di codeste ipotesi sfugge alla teoria dell'interesse personale nel senso considerato dal § XLIX.

*Prima ipotesi.*

Se l'azione è stata intentata dal vivente, si trasmette agli eredi, e di ciò non può cader dubbio, qualunque sia la offesa. E parlo *degli eredi* e non ammetto verun altro. È un diritto economico che fa parte, come ogni altro simile diritto, della eredità. Una volta intentata, non può moltiplicarsi il diritto dell'azione; nol comporta la natura del giudizio e non può rendersi con ciò più grave la condizione del reo.

Se l'azione non fu intentata, io seguirei la teoria del diritto romano. Escluderei le ingiurie lievi o personalissime per le quali stimo non darsi azione agli eredi (*a*), dal caso in fuori che ne siano derivate conseguenze materialmente emendabili.

257. *Seconda ipotesi.*.

La teorica dell'interesse personale scompare, e la questione entra in un campo nuovo. Noi supponiamo che la morte sia stata il prodotto immediato dell'atto delittuoso, onde la vittima fu privata di qualunque facoltà di azione. Ecco adunque i superstiti separati dall'ucciso di tutta quella distanza smisurata che lascia un sepolcro. Essi agiranno in forza di un *gius* che non sarà nè un diritto personale propriamente detto (*b*), nè un diritto trasmesso. Quali affetti avrà suscitati la morte violenta di quell'uomo? È difficile saperlo. Forse era odiato; forse la sua morte apparve un beneficio ad eredi ingrati che ne raccolgono il frutto insperato. Ma noi amiamo credere piuttosto che una folla sconsolata e lagrimosa sorga a chieder giustizia dell'assassino. Sarà permesso essere così ingrati? O sarà permessa a quei mesti un'azione tumultuaria figlia dell'abbondanza del loro cuore? La ragione giuridica entrerà moderatrice dei due estremi.

258. La legge non si è mai proposto di regolare i moti del cuore: apprezza la gratitudine non la comanda. Essa non impone la gratitudine come una virtù morale ma fa talvolta del suo contrario un de-

(*a*) Contro l'erede non si danno azioni penali; sì a favore dell'erede « *excepta injuriarium actione et si qua alia similis inveniatur*... poenales autem actiones quae supra diximus (veluti furti, vi bonorum raptorum etc.) si ab ipsis *principalibus personis* fuerint contestatae, et haeredibus dantur, et contra haeredes transeunt » Instit. lib. IV, tit. XII, § 1.

(*b*) Mentre l'erede non *est persona principalis*, secondo il linguaggio del testo.

litto civile, ponendo certi estrinseci doveri della gratitudine o del rispetto almeno e della riverenza, fra le condizioni per le quali si conserva un beneficio. Onde la ingratitudine verso il donatario priva della donazione. La legge ha bisogno di fondare le sue determinazioni in un rapporto di diritto: non iscruta il senso morale e non investiga le coscienze, nè misura quanto si faccia reo colui che non ama ed osserva il proprio benefattore: ma viene un momento in cui si deve rendere un tributo ad un principio universalmente rispettato. L'erede che non vendicava la morte dell'ucciso era privato della eredità (a). La legge moderna dice. È incapace di ricevere per testamento. « L'erede in età maggiore, che essendo consapevole della sua qualità di erede, ed informato della uccisione del testatore, non l'avrà denunziata alla giustizia entro sei mesi dal giorno della scienza, eccetto quando il pubblico Ministero abbia d'ufficio proceduto », articolo 709, n. 2, del C. C. (b). La idea della vendetta, che dominò negli antichi, non è passata attraverso i secoli di religione e di civiltà, e sono certo che la legge odierna onorando un ben diverso principio non isconosce il debito effettivo e santo che ha l'erede verso la giustizia e verso la memoria di colui che gli fu largo del suo patrimonio e del suo nome.

Non è remoto il tempo in cui il sentimento dell'offesa era a così dire rinfocolato dalla legge per farne un potente ausiliario della vendetta legale, il che nasceva dalla confusione dei concetti relativi all'azione! È dovuto ai moderni istituti, alle chiare percezioni delle varie forme del diritto penale, l'essersi potuto respingere la idea della *privata vindicta* nel fatto dell'erede che invoca la giustizia contro colui che è indicato colpevole della morte del suo autore, e l'avere elevato questo medesimo fatto alla dignità di un dovere. In effetto la giustizia penale procede da sè; può giovarsi dei lumi di un denunciatore ma può anche farne senza. Ma reputa vergogna e fulmina la decadenza dell'erede quando sia per lui che la cognizione del reato rimanga sepolta, o che altri, eccetto il magistrato, s'incarichi di rivelarla alla giustizia (c).

(a) LL. 17 e 22, *De his qui ut indign.*

(b) Questa disposizione del Codice albertino è stata tolta. Lascio tuttavia questo passo come fu scritto, e sento che le idee che espongo non diventano perciò un anacronismo.

(c) Non è senza importanza notare una sapiente modificazione fatta al Codice

259. In generale la denuncia non apparve un obbligo civile che per l'erede testamentario; tutto il resto che appartiene all'azione civile, rimane una facoltà. Ora sono a farsi due indagini: 1° l'erede testamentario ha l'azione civile? 2° Altri ancora la posseggono oltre di lui?

Motivo di dubitare, rispetto al primo, sarebbe che questo erede, al quale pervenne dal defunto, possiamo supporlo, una buona eredità, utile e non danno ha ricavato dalla morte di lui; in che dunque sarà per appoggiarsi un'azione di danni-interessi?

Io vengo imprimendo la massima che l'azione civile tende bensì alla soddisfazione di un danno materiale, tuttavia la condizione del danno materiale non essere necessaria e verificabile *a priori*. E a dimostrare che anche il danno morale, che io traduco nel senso doloroso dell'animo universalmente rispettato, basti a dare l'azione civile, altro non vorrei fare che appellarmi al senso umano che è il senso comune, uno dei più saldi criteri della giustizia. L'erede dell'ucciso sarà forse respinto dal giudizio quando non contento della denuncia si farà più avanti querelando l'uccisore e formandosi in parte civile? Chi mai oserebbe rispondergli: tu sei un beneficato: tu non sentisti danno?

La seconda indagine può presentare qualche difficoltà. L'azione civile è forse proprietà esclusiva dell'erede? Suppongasi nell'erede un estraneo: ebbene, la vedova, il figlio dell'ucciso, che del delitto sentono lo strazio maggiore, saranno, perchè non eredi, esclusi dall'azione civile? Faustin Helie, che non crede necessaria la qualità di erede, rammenta le disposizioni del diritto romano; e con ragione, io penso, quantunque dall'istituto della *publica accusatio* ai presenti nostri istituti, non sia esatta, e talvolta ancora possa essere ingannevole, la inferenza. È avvenuto però di dover osservare che la teoria della personalità dell'offesa ci pervenne dal diritto romano (§ XLIX nota in

Napoleone dal Codice albertino. L'art. 727, del primo imponeva lo stess'obbligo ad un qualunque erede, anco a quello che succedeva *ab intestato*. Il Codice civile delle Due Sicilie mantenne lo stesso principio. L'albertino ne fece ingiunzione soltanto *all'erede testamentario* considerando il beneficio dell'uomo e il debito speciale di riconoscenza e di ossequio che a lui ci lega.

E così deve credersi un progresso ulteriore l'abolizione del nuovo Codice. Non più astretto dalla legge, l'erede rimane per così dire in faccia al proprio dovere che è quello d'invocare la giustizia sull'assassino del suo benefattore.

fin.): teoria la quale naturalmente si allarga e prende maggior campo, morta la persona che fu scopo all'offesa; e si modifica eziandio, ove non si tratti di azione istaurata dal defunto che avrebbe potuto farlo, e continuata da' suoi successori.

Tolga Dio che altri dica che i congiunti più vicini al defunto per vincoli di sangue non abbiano interesse di cooperare al processo ove si discute sulle cause e sugli autori dell'omicidio. In antico, fra i concorrenti dell'accusa, si preferiva colui che avesse un interesse comparativamente maggiore, o quello che presentasse maggiori garanzie all'accusa (*a*). Nella quale sostanziandosi tutta la forza dell'azione si esigeva quel polso e quella unità che siamo assai lontani dal desiderare oggidì mentre il magistrato s'incarica dell'azione. Che il giudice non abbia ad esser prodigo di siffatte concessioni, lo ne convengo; quindi non sarà ammesso *civiliter agens* colui che non mostri di avere un interesse economico, qualunque sia: o un interesse morale ma supremo e di prim'ordine, e da tutti gli uomini assentito e rispettato; quello per esempio che niuno può negare al dolore del figlio o della vedova dell'ucciso. E ritengo che più d'uno che divide lo stesso dolore, potrà ammettersi all'esercizio dell'azione simultaneamente, escludendo i parenti meno strettamente congiunti all'ucciso con quel tatto di prudenza che la teoria non insegna.

## § LIII. — *Continuazione.*
## *Oltraggio alla memoria del defunto.*

**260.** La inviolabilità dei sepolcri e la fama dei trapassati era difesa dalla religione degli eredi e dei possessori dei loro beni; le leggi li fornirono d'azione (*b*) partendo dalla idea che la ingiuria fosse loro propria, e (*c*) perciò avvisando in essi un obbligo positivo ed immanchevole di vendicarla (*d*).

(*a*) « Uter majores causas habeat, uter plus industriae aut vitium sit allaturus ad accusandum, uter id fide meliore facturus. Quintilian. ».

(*b*) « Injuriarum nostro nomine habemus actionem, L. 1, § 4, de injur. ».

(*c*) « Spectat enim ad existimationem nostram si qua ei fiat injuria. Idemque si fama ejus cui haeredes existimus lacessetur (ibi) ».

(*d*) « Semper enim haeredes interest defuncti existimationem purgare ». L. d. § 6. La giurisprudenza francese del secolo XVI, era solita a dire che l'ingiuria

Era in tutto ciò un senso morale, altamente rispettabile, ed alle idee religiose di quei tempi convenientissimo. Ma emerso da quel senso confuso il concetto giuridico, si è voluto ritenere (Helie, *Tract.* n. 764) che per non andar troppo nelle astrazioni e troppo concedere alle gelose suscettibilità degli eredi, sia necessario dover risultare che la ingiuria viene a colpirli nel loro interesse immediato; salvi nel resto gli altri mezzi, valevoli a ripulsare moralmente le vili offese scagliate contro chi non può più difendersi.

Non è raro che la infamia che si tenta di spargere sul capo del defunto ricada di tutto il suo peso sui suoi eredi e successori, e principalmente se sono gli stessi suoi figli e nipoti. Tale sarebbe per esempio l'accusa della illegittimità dei natali; la taccia di ladro; una imputazione di omicidio, che esporrebbe pur anco gli eredi a danni materiali e morali, a diminuzione di onoranza sociale, e a pericoli di altra maniera. Questo però deve intendersi in un modo abbastanza esteso, e non gretto e meschino e nelle proporzioni soltanto dell'interesse materiale; per cui senz'accostarmi interamente alla dottrina degli antichi, non accetto le angustie del concetto moderno. La legge nel suo silenzio dignitoso, posso usar questa frase, ci lascia comodità di pensiero; onde la ragione, informata ad onorevoli sensi, ci detta che quel genere di diffamazione che apporta disonore ed infamia, è tale che gli eredi possono a sè appropriarlo, e non gli eredi soltanto. Onde aggiungo, eziandio i più prossimi: perchè sarebbe poco degno in vero di civili costumi e di una buona legislazione che, aspettata la morte di colui che non si osò di affrontare vivente, fosse lecito di versare senza responsabilità a piene mani l'obbrobrio sulla sua tomba.

Perciò con una, direi così, inflessione ideale si rientra nella teoria del diritto romano. La ingiuria fatta alla memoria del defunto, non è ingiuria dell'erede (nel senso giuridico) perchè fatta all'autore nè importante il debito o il punto d'onore di vendicarla: ma può esserlo e può giudicarsi tale in relazione allo stesso erede. Il superstite che è in condizione di esercitare l'azione civile non raccoglie la indignazione dell'estinto per comporne una materia di penalità: ciò sarebbe assurdo: ma professa che l'onore del defunto è suo proprio patrimonio, ch'egli ha interesse sacro di ripararlo con tutti i mezzi che la

del defunto era talmente dell'erede che equivaleva *at'attaquer lui meme* — e i nostri trattatisti penali amplificavano quella sacra dottrina. — Matthaeus, Renazzi, Cremani, Guazzino, ecc.

legge permette; e facendo se stesso in certa guisa centro della ingiuria, assume anche quella difesa di cui non devono essere defraudati coloro che vissero vita onorata sopra la terra (a).

## § LIV. — *Dell'interesse in quanto dicesi attuale e formato. Dell'interesse della offesa in relazione al tentativo.*

**261.** Accettando questa nomenclatura che trovo in qualche scrittore francese, presumo esprimere qualche idea di più; spiegando *la causa giuridica* dell'interesse, causa che dev'essere un reato, ed ora vedremo se il reato debba anch'essere *perfetto* in ordine alla intenzione dell'agente, onde non *formato* ossia non compiuto il reato, eziandio non *formato* abbia a dirsi l'interesse; o in altri termini, non fornito di attitudine per dar base all'azione civile e diritto alla querela.

L'azione civile procede da lesione per noi personalmente sofferta: ma c'è forse lesione se il reato non ebbe il suo pieno effetto? Così l'Helie pone la questione, e conclude che il tentativo del reato non è reato dal quale possa desumersi la lesione: in altre parole: in questo modo la lesione non è stabilita (n. 757).

L'argomento provante si è, quella essere lesione che produce un danno; e il tentativo del reato non produrne di veruna sorta.

Che è il tentativo di un omicidio? non è nè omicidio nè ferita. Ma si avrà una lesione morale! Quale? Il querelante può temere un nuovo tentativo; ha interesse perchè sia punito. Ma le *pene si applicano nell'interesse pubblico non nell'interesse privato.* Non si aspetta al privato provocare un'applicazione penale che è funzione del pubblico Ministero. Volete cercare il mal morale nel terrore della minaccia? *Mais,* qui mi bisogna riferire le parole dell'autore, *peut on apprécier et réparer le mal d'une simple alarme?* La giustizia non è fatta, ha detto Merlin, per occuparsi dei vostri timori, forse puerili, e degli inquieti vostri presentimenti: l'aver sofferto non basta, d'uopo è aver sofferto *un danno:* e il danno dev'essere apprezzabile.

(a) Il Grattier rammentava una bella decisione della Cassazione francese del 23 aprile 1825, che conteneva questi nobili concetti: la legge proteggere il cittadino anche oltre la vita; la sua memoria essere il miglior patrimonio della sua famiglia....

262. Confutare gli errori di un uomo insigne nella scienza, supposto che siano errori, è farla progredire: io ne sono convinto, e debbo in parte a questa convinzione la presente fatica. Il *tentativo di un reato non genera danno di sorta nè reale ed effettivo, nè morale:* è una proposizione, che così annunciata, non può accettarsi.

Si è introdotta una distinzione che non è nella legge. Una decisione citata e contraddetta da Helie (757) si era espressa in questo modo « attendu qu'aucun disposition de la loi n'a déterminé *quel genre d'intérêt* doit être allégué *par le plaignant; et que le fait seul qu'il a été l'objet de la tentative de meurtre établie son intérêt à intervenir comme partie civile* ». La legge non ha distinto fra interesse e interesse: è verissimo: ma non ha neppure distinto fra reato e reato. Per ciò che tiene non alla misura ma alla pena in se stessa e a tutte le sue conseguenze civili, il tentativo o il reato mancato è un vero reato.

Io non dirò che sia apprezzabile com'elemento d'interesse per sè esistente, isolato dalle altre considerazioni o preoccupazioni dell'animo dell'offeso, il solo timore del rinnovellarsi del tentativo: elemento che piuttosto rassegno all'interesse generale. Una volta però che noi accettiamo anche la esistenza *del danno morale* (ammessa da Helie senza contrasto, n. 757) non bisogna poi fare oggetto della nostra derisione lo sgomento, la inquietudine dello spirito, il pericolo che si teme, la restrizione della libertà alla quale dobbiamo condannarci per non esporci troppo, il senso morale che ci opprime. Non vi è niente di puerile in un reato e nelle sue conseguenze. Un feroce nemico di cui ho tutta la ragione di temere mi vibra un colpo di coltello al capo che mi straccia i capelli: ho sfuggita la morte per miracolo. Voglio darne querela, costituirmi parte civile. Secondo quella teoria non potrei farlo.

Io credo che proporre il problema sia risolverlo.

L'ho detto altrove: l'interesse civile non può determinarsi *a priori;* il primo a mostrarsi *è l'offeso,* sempre l'offeso, il *danneggiato* viene di poi. L'illustre Helie e la sua scuola confondono *l'offeso e il danneggiato,* preso quest'ultimo come colui che ha sofferto una perdita patrimoniale in causa del reato: distinzione che io ammetto per un momento perchè favorevole alla tesi contraria, la quale per altro non ne guadagna. Ma distinzione che io ripudio ben tosto imperocchè *danneggiato* è pure colui che è moralmente offeso. Basta questa rela-

zione, senza considerazione di danni materiali, per darmi accesso al giudizio penale in qualità di querelante e di esercente l'azione civile. L'accertamento o liquidazione del danno materiale è una operazione consequenziale che potrebbe anche non aver luogo. Chi riduce a simili proporzioni l'aziono civile dimentica ch'essa non si esercita solamente in un giudizio civile, ma presta il suo contributo utilissimo e ragionevolissimo anche al penale del che si discute in questo luogo. Non è precisamente sotto il punto di vista della vendetta privata che vuole osservarsi questo atto della persona offesa, poichè il magistrato può farne senza nel maggior numero dei gravi reati, e poichè quando ha d'uopo di tal condiziono per agire penalmente, la parte stessa che fa il privato acquista nell'azione del magistrato un carattere di giustizia. Il cooperare per tanto dell'offeso nel giudizio penale è giovamento della stessa giustizia che in una buona legislazione non può essere trascurato: il che dimostra come la qualità di offeso debba bastare quantunque non sia per anco stabilito se l'offeso sarà anche o non sarà creditore di un danno economico. L'interesse adunque della giustizia richiede di non far dipendere l'ammissione al diritto della querela e all'esercizio dell'azione civile che dal fatto *della offesa*. Ma d'uopo è ancora considerare l'interesse privato e le sue legittime esigenze, considerazione che si concerta eziandio coll'interesse della giustizia generale di cui è un elemento: se la persona che fu colpita crudelmente dal reato, o che la rappresenta, si muove con ardore per ottenere pronta ed esemplare giustizia, non sarà da tenersi in conto questo interesse? Non è esso legittimo e giusto? E dovrà cominciarsi dal calcolo del computista e pesargli per *aes et libram* il *quantum* del danno materiale che ha sofferto?

E per tornare alla dottrina dei Francesi e alla tesi proposta, colui alla cui esistenza fu attentato in sì orribil modo, dovrà respingersi dal giudizio perchè non fu ucciso, e perchè non essendo stato proprio ucciso non ha interesse; ovvero ha un interesse informe, appena abbozzato, e non considerabile? Oltredichè voi non sapete se io avrò questo interesse materiale giacchè fin d'ora ignorate se io possa avere sofferti o sia per soffrire danni di questa maniera in conseguenza dell'attentato.

Troppe parole per avventura; ma una obbiezione che si stima perchè sostenuta da grande autorità, ed entrata come un vero giuridico nel dominio della scienza, vuol essere seriamente confutata.

## § LV. — *Dell'interesse generale di un corpo morale costituito.*

**263.** Se un corpo morale possa procedere coll'azione civile per la riparazione di un fatto penale, commesso contro uno dei proprii membri, o commesso da uno dei proprii membri con danno e vergogna di tutto il corpo, è, al solito, una questione d'interesse.

Il primo aspetto per altro della questione tiene più alla forma che al principio; dipende dalla legge civile in quanto attribuisce al capo del corpo morale un diritto di rappresentanza. Memori però che l'azione civile è proprietà della persona offesa, la rappresentanza legittima suppone la incapacità; o, se non sempre la incapacità assoluta, la dipendenza almeno onde si costituisce come un protettore naturale in colui che esercita il diritto della persona offesa: tale sarebbe quello del marito di agire per la moglie secondo l'art. 105 (*a*).

Generalmente colui che fa parte di un corpo morale, del municipio, di un collegio d'arti o d'industria, di una associazione qualunque riconosciuta, è persona di suo diritto; e quanto ai reati che commette o che subisce, mantiene la propria personalità indipendente dal corpo onde non ha bisogno di essere rappresentato e non dev'essere rappresentato dal capo di essa.

**264.** Ma poniamo che non si tratti di tutelare l'altrui persona contro una ingiuria a lei fatta, benchè sino a un certo punto a noi dannosa, ma di vendicare la propria.

Prendiamo una specie esaminata dagli scrittori e facciamovi intorno qualche osservazione che ci riporti sul terreno della teoria.

Una Camera, una giunta, una rappresentanza sindacale qual che si voglia, può costituirsi parte civile per di causa d'infrazione delle regole di professione che può essere stata commessa da alcuno de' suoi membri, in quanto quel fatto che possiamo supporre assai grave, abbia arrecato un vero e solenne pregiudizio, onta e danno a tutto il corpo? Il caso è reale e giudicato dalla Corte di Parigi (6 maggio 1834). Erano stati denunciati ad una Camera di commercio certi fatti biasimevoli, certe operazioni sciagurate, che avrebbero dato

(*a*) Ripeto ancora per memoria che citando semplicemente gli articoli del Codice intendo sempre quello di procedura penale (del 1859, secondo la quale io scrissi. Essendovi notevole differenza dal nuovo Codice, ne farò i debiti richiami).

l'essere a non so qual monopolio onde l'interesse stesso dell'associazione avrebbe scapitato assai nella opinione pubblica e ne'suoi negozii reali. Ma vi era troppo fuco di generalità, secondo la Corte di Parigi; mancava *un interesse diretto e un diritto attuale* che fosse base legittima a una intervenzione civile (*a*).

Anche senza concepire un'associazione propriamente detta, onde non si abbia a desumere dai particolari rapporti degli associati il *gius* dell'azione civile, può figurarsi un'altra specie di consimile interesse che per un momento si vuol chiamare *interesse riflesso.*

È costituita una banca di credito pubblico; vi sono i suoi capi e rappresentanti pubblicamente riconosciuti. Un depositario di oggetti preziosi commette una sottrazione; un cassiere fugge colla cassa. Tutto il mondo si scuote, per dirlo alla francese, e in effetto il credito ne sente largamente la scossa e ricade snll'amministrazione della banca una folla di tristi sospetti. L'amministrazione lancia una querela, si costituisce parte civile: niuno revoca in dubbio ch'essa ha tutto il diritto per farlo secondo la più rigorosa legalità.

Ma si dirà che in questo caso l'amministrazione soffre un vero danno, un danno materiale e corporeo, immediato, diretto, sensibile.

Non nego di avere contrapposto alla specie negata, una specie innegabile e certa. Ma posso proporne un'altra a condizioni meno gravi. Si è formata una società commerciale per l'esercizio di un certo ramo di commercio qualunque; uno degli agenti di questa casa, noto al pubblico, in occasione dell'esercizio e nel fondaco stesso della casa commette una spogliazione a danno di una persona che veniva a trattare di quel commercio, senza però che la casa stessa ne abbia sofferto un danno reale. *Quaeritur* se senza allegare un danno materiale che non ha veramente patito, possa l'amministrazione non solo denunciare il fatto dell'agente, nel dargli querela, e costituirsi parte civile.

Si può bene insistere in questa ricerca poichè le idee giuridiche non sono ancora fissate. Già si ammette, e ne conviene prender nota, che *l'interesse della parte civile* è un apprezzamento sovrano dei giudici del fatto. Così la teoria si sgrava di una grande responsabilità. La pratica nondimeno non dev'essere capricciosa, e deve sapersi con

(*a*) Arr. Cass. 29 août 1834 (Dev. Car. XXXV. L. 221). Add. Brux. 16 mai. Cassat. Belgiq. 23 juill. 1835; DALLOZ, V. *intervention* n. 37, Inst. crim. n. 107, et v° *medicine* n. 162; MERLIN, *Qu. du droit*, v° *Questions d'état* § 1.

una certa generalità, sino a qual punto vi ha un interesse *attuale e formato*. Noi ricadiamo molto facilmente nelle dispute dell'interesse *diretto* e *indiretto* si noiose e sì inconcludenti (n. 2573, 254) (*a*). Ma l'interesse è qualcosa di meno gretto e materiale di quello che suol dirsi; e il concorso della parte civile nei giudizii penali è qualcosa che tiene alla giustizia generale: e così, ripetendo due idee che io sono venuto spesso proponendo, dichiaro che in questa ultima specie io sarei per l'intervento legittimo della parte civile. In mezzo alle circostanze che abbiamo supposte, quell'amministrazione aveva un interesse morale immediato e certo; e uno possibile, forse presente, forse eventuale e futuro, d'ordine materiale.

Il Lesellyer, autore solito ad esaminare simili questioni con una certa larghezza di vedute, fa un'acuta osservazione e domanda se per avventura la Corte non avesse deciso altrimenti ove non già la Camera sindacale ma dei semplici consorti si fossero costituiti *parti civili* avvegnachè non si scorgesse in loro che un interesse indiretto, (*Trait. du droit crim.* n. 545). Quasichè il motivo della reiezione consistesse nel difetto di rappresentanza. Peraltro la situazione giuridica deve ritenersi identica, potendosi nel corpo considerare l'interesse complessivo e parziale nei membri; ma eziandio gl'interessi parziali, calcolati come a dire a frazioni, hanno legittimo accesso nel giudizio penale sotto la forma e per gli effetti dell'azione civile.

265. Un'altra specie esaminata da Faustin Helie mi è conferma delle cose spiegate.

Una corporazione di farmacisti si doleva che da certi intrusi nella professione si esercitasse illegalmente quell'arte in danno degli esercenti legittimi.

La Corte di cassazione accolse le querele dichiarando che la vendita ed esposizione dei medicinali spettava di diritto ai farmacisti che dovevano essere ascoltati nella loro querela.

La Corte di Rouen, alla quale fu rinviata la causa, decise in contrario. Ma a sezioni (chambres) riunite, la Corte suprema tornando sull'argomento, confermò la massima e terminò la questione (*b*).

(*a*) L'interesse è sempre diretto o non è interesse. È ciò che si è dimostrato, o cercato di dimostrare nel suddetto §. Ma un interesse *sub conditione* è un vero interesse? Io lo ritengo. Se viene rovinato un edifizio che farà parte di una eredità alla quale sono chiamato in sostituzione di un erede diretto, ciò non costituisce contro il danneggiante un interesse indiretto ma un vero interesse.

(*b*) Lesellyer cita altri due decreti.

La decisione della Corte suprema non passò senza critica degli scrittori francesi tenuti in maggior conto: ed Helie osservava, che forse quei farmacisti un interesse lo avevano, ma quale e di qual natura? L'interesse delle patenti d'esercizio è pubblico non privato nè allegabile da privati. Poi e in questo principalmente s'insiste, vi è forse una lesione apprezzabile? In qual maniera si accerterebbe il danno? Si dice che la concorrenza dei pseudo-esercenti ha diminuito il commercio legittimo? Ciò non è suscettibile di prova. Siete voi sicuri che avreste venduto di più? Che i compratori si fossero precisamente diretti al vostro spaccio? In tale assoluta incertezza non può ammettersi l'azione.

Io son lieto di aver l'appoggio autorevolissimo del Dupin, che alla eloquenza emula di tempi antichi accoppiava per solito idee alte generose, e chieggo licenza di riportare il brano più importante della sua aringa proferita in questa medesima causa, essendo in me grandissimo desiderio di fissare questo punto importante di giurisprudenza penale.

La sentenza della Corte, egli diceva parlando alle classi riunite, ricordando quella che aveva già pronunciata sull'argomento « accorde à la fois protection à la société, à l'ordre public, et à une profession dont l'exercice intéresse au plus haut degré la santé publique... L'intérêt privé est incontestable; premièrement, sous le rapport matériel, car toute concurrence est nuisible. Mais à coté de cet intérêt matériel et en première ligne se place un intérêt moral.... L'erreur capital est de croire qu'il n'y ait qu'un préjudice matériel d'argent qui puisse donner lieu a un action en dommages-intérêts: ne voit on pas de dommages-intérêts demandes par le fils pour la mort de son père, par le père pur la mort de son fils, par la femme pout celle de son mari ou de son enfant? Évidemment c'est méconnaître la morale du droit mettre l'argent à la place des affections, à la place de l'honneur ».

È facile rispondere alle obbiezioni. L'interesse morale di quel giudizio dei farmacisti contro i trasgressori non può essere più evidente. L'Helie aveva fatto posto all'interesse morale (a): perchè ora lo rigetta? Concorreva, come osservò il Dupin, anche l'interesse materiale. L'interesse materiale, eziandio *generico*, è sufficiente motore

(a) Come si è già avuto occasione di osservar forse più d'una volta.

del giudizio penale e dell'azione civile. Lasciamo stare che fatti di questa natura non si ricercano e non si portano in giudizio, ordinariamente parlando, che dagl'interessati; e che essi soli possono fornirne le prove. Non si vede in verità quale vantaggio arrechi alla giustizia la teoria contraria. Pertanto l'interesse *generico* giustifica, rimuove la idea di una velleità capricciosa, e fa la domanda onesta perchè fondata nel diritto. Io non credo punto impossibile la liquidazione o la determinazione del danno che potrebb'essere giuratoria: ma esistesse pure la difficoltà, essa non cade sulla proposta dell'azione, riguarderebbe una operazione successiva e da doversi considerare accessoria del giudizio penale (*a*).

L'interesse *generico*, quello cioè che non ha una determinata misura e potrebbe non averla, non cessa di essere un interesse *particolare*, o si rappresenti da qualcuno dei membri di una corporazione interessata o dalla corporazione stessa avente azione tutelare e propria. Ma io ho parlato di un *corpo morale costituito* in forza d'istituzioni riconosciute dalla legge, o da tali convenzioni che abbiano un carattere giuridico e atte a produrre quell'effetto, altrimenti non ci sarebbe rappresentanza legittima (*b*).

(*a*) Sulla qualità dell'interesse in quanto sia valutabile, giova rammentare un passo dell'opera *Commentario o teoria* del Codice penale di Chauveau ed Hélie. « Ciò sarebbe un mal comprendere la regola che abbiamo stabilita, cioè quella di richiedere che *l'interesse* che forma la base dell'azione civile, fosse sempre *materiale e valutabile*. Sia un uomo ferito *nelle sue affezioni come nella sua fortuna, nella sua riputazione come nella sua proprietà, la sua azione è legittima dal momento che è incontestabile il danno da lui sofferto; e se i danni e interessi che reclama non possono essere il risarcimento di un danno*, TALVOLTA INAPPREZZABILE, *almeno diventerà una specie di compenso di sue sofferenze ed una pena inflitta al colpevole*, n. 322.

(*b*) Una società commerciale può essere costituita così bene in ordine a questo effetto, come un corpo legale, una congregazione per esempio di carità statuita con forme precisate dalla legge; ci sarebbe maggiore difficoltà in una società civile, o in qualche altra associazione il cui organismo fosse ancor meno riconoscibile.

## § LVI. — *Dell'alienabilità dell'azione penale.*

### I.

### *Diritto di pegno.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 67).

266. Considerata l'azione civile come una proprietà può essere al pari d'ogni altro bene patrimoniale, pegno dei creditori, alla condizione che vi si annetta ed apparisca un interesse al tutto materiale e presente (*a*).

L'interesse morale è una facoltà spirituale della persona intransitiva, inalienabile. Salvochè l'oggetto dell'apprensione non si presenti con certi caratteri espressi e visibili di un materiale danno che assicuri in qualche modo, almeno sotto una forma generica, un'azione di credito. Un insulto fatto all'onore, una diffamazione che si è patita, potrà formar titolo di emende pecuniarie, ma non sarebbe lecito ad un creditore farne materia di pegno, nè di forze surrogarsi alla persona offesa per esercitare i suoi diritti mediante l'azione civile. Altro sarebbe se si trattasse di un furto, di un incendio caduto sopra le cose del debitore nei quali fatti il danno materiale è positivo, una perdita del patrimonio di cui l'azione civile è un mezzo di reintegrazione.

Nella presente ipotesi il debitore è il soggetto passivo di un delitto; ha delle azioni di credito in conseguenza dello stesso delitto le quali, come ogni altro suo diritto economico, può essere sequestrato da'suoi creditori (*b*).

(*a*) Argomento che può dedursi dal Codice civile albertino, art. 1256. « Le convenzioni non hanno effetto che fra le parti contraenti; esse non pregiudicano ai terzi *nè loro giovano*, se non nel caso preveduto dall'art. 1208. — Art. 1208. Si può... stipulare a vantaggio di un terzo... — Art. 1257. Ciò nonostante i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuati quelli che sono esclusivamente inerenti alla persona. — Art. 1258. Possono pure in proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni. Trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode debbe risultare dal canto di entrambi i contraenti. Per gli atti a titolo gratuito, basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore ». Tutto ciò corrisponde ai principii di diritto.

(*b*) L'art. 611, del Codice di procedura civile non esclude dal pignoramento veruna sorta di credito: quello di cui parliamo non è fra le cose eccettuate. Il modo di esecuzione e l'intervento in causa in luogo o in aggiunta del debitore, è regolato dalla procedura civile.

II.

*Del diritto dei creditori che esercitano l'azione civile contro il reato del debitore.*

267. Le frodi fatte ai creditori, si riparano con mezzi civili (articolo 1258 Codice civile albertino). Non è raro però che, passando al grado di reati, per esempio colle arti del falso, siano colpiti anche dalla legge criminale, e nessun dubbio allora che i creditori non abbiano il diritto di querelare e rivestono tutti i diritti di parti civili.

268. Si fa una questione sul modo di esercitare l'azione civile qualora il reato consista in uno di quei fatti che ledono l'interesse collettivo di un ceto creditorio. *La bancarotta semplice e la bancarotta dolosa.*

Si domanda se i creditori possano segregarsi dal corpo ed esercitare personalmente e per proprio conto l'azione civile. Io propongo, per amendue i casi, l'affermativa.

Il nostro autore (*a*), è dello stesso avviso. Osserva che nella nota distinzione fra la bancarotta semplice e la dolosa si ammetteva di leggieri, rapporto alla prima, il singolare esercizio dell'azione civile, mentre una frase che si leggeva nell'art. 588 del Codice di commercio francese ed altre espressioni degli articoli 598 e 599, denotavano quella facoltà. Pareva che un simile appoggio mancasse in fatto di bancarotta dolosa i cui regolamenti non accennavano a facoltà dei singoli creditori, ma invece nell'art. 595 (Codice di comm.), era posto che il pubblico Ministero procede d'officio avanti la Corte d'assise, sulla notorietà pubblica, o su *denuncia* dei sindaci del fallimento o anche di un creditore, limitando così la ingerenza di quest'ultimo alla semplice denuncia.

Pertanto non rimaneva dubbio che un creditore non potesse separarsi dalla massa dei creditori nel primo caso e costituirsi parte civile, laddove in materia di bancarotta dolosa era stato giudicato il contrario.

269. Con ragione Mangin disconviene da tale sentenza e la oppugna, osservando non esservi sostanziale differenza fra bancarotta sem-

(*a*) Mangin, n. 126 del Trattato.

plice e dolosa rispetto al diritto creditorio; e non esser opponibile la forma discretiva delle leggi che parlano dell'una e dell'altra, atteso che nell'una si procede correzionalmente, e nell'altra l'azione è nella piena podestà del pubblico Ministero.

Io non mi divido dall'illustre autore se non nel modo della dimostrazione. Per tenere il creditore vincolato alla massa e renderlo inabile ad esercitare l'azione civile, sarebbe d'uopo provare; o che per la natura delle cose non può farlo, o per qualche convenzione egli n'è impedito. Ma facilmente si confonde questa situazione con quella che gli è fatta rapporto ai suoi crediti. Il fallimento crea una società forzata dei creditori perchè la pluralità, non già degl'interessi ma delle azioni, si risolve in unità *pignoris causa*, sotto la necessità di unica amministrazione. Questa restrizione della libertà economica imposta dalla logica dei fatti, non può esigersi oltre i termini della necessità: prima ragione. Non può farsi inferenza da un ordine di cose ad uno diverso: seconda ragione. Si deve riflettere che l'associazione coattiva non si verifica neppure in commercio che in faccia al pegno, agli effetti della partecipazione e del pagamento. Si deve riflettere che l'azione di natura civile, ma che si esercita in un giudizio penale o come impulsiva o come ausiliaria e famulativa, non lascia di avere un carattere o scopo di generalità giovando a tutti gli interessati e alla giustizia medesima. Si deve riflettere finalmente che il concorso del privato offeso nel giudizio penale tende bensì alla soddisfazione economica, come ad uno de' suoi scopi, quantunque non il solo; ma l'attitudine ad una materiale soddisfazione non si giudica all'ingresso dello stesso giudizio, secondo che è stato già detto, e il danno effettivo che si è patito viene a determinarsi dopo e in conseguenza delle sentenze di condanna. Se fosse in ragione che il creditore non può approfittare dei vantaggi della liquidazione che devono invece ricadere alla massa, l'ostacolo non verrebbe a sollevarsi che nel giudizio specifico di liquidazione; o, forse meglio, i sindaci del fallimento potrebbero opporsi alla riscossione; sino a quel momento la *massa* non avrebbe che a ringraziare l'attività e la solerzia di questo creditore che ha lavorato pel bene comune.

270. Restano a farsi alcune brevi osservazioni sul sistema del nostro Codice di commercio.

Il giudizio di *bancarotta semplice*, si promuove *sopra querela dei sindaci*, o *di qualunque creditore*, o *anche sulla istanza del procura-*

*tore del re* (art. 697), eccetto il caso di concordato, la via non rimanendo aperta che al fisco. Questa disposizione tutta speciale al commercio è sancita come ogni altra relativa alle bancherotte dall'art. 884 del Codice penale. Il diritto della querela e quindi dell'azione civile *in nome proprio* di ciascun creditore è più espressamente dichiarato nell'articolo 702 (*a*).

L'art. 705 non è meno esplicito rispetto alla facoltà dei singoli creditori di portar querela eziandio in giudizio *di bancarotta fraudolenta*. Se l'intervento del sindaco del fallimento è ammesso nel giudizio di bancarotta semplice, di maniera che le spese del processo possano *caricarsi alla massa* (V. nota *supra*), ciò non dev'essere permesso in quello di bancarotta fraudolenta, le spese del quale procedimento *non possono mai in verun caso essere a carico della massa dei creditori* ma sì, in caso di assolutoria, *dei creditori* che diedero querela (art. 705).

**271**. Eccoci adunque a concludere che nel sistema italiano, a differenza del francese, è bene stabilito che tanto i creditori che i sindaci del fallimento hanno facoltà di esercitare l'azione civile quando si tratta di bancarotta semplice; e i soli creditori, esclusi i sindaci nei particolari e indipendenti diritti, possono esercitarla in giudizio di bancarotta fraudolenta.

### III.

### *Sulla cessibilità dell'azione civile.*

(MANCIN, *Compendio*, n. 69).

**272**. I vecchi criminalisti, e i giuristi in generale che si trovarono a vivere nel medio evo, sentivano un certo sgomento delle cessioni dei diritti contenziosi per le quali soleva inasprirsi la condizione del reo, perchè per lo più i cessionarii erano uomini potenti, e la giustizia allora meno indipendente e più paurosa. Era quello il vero pericolo; e simile motivo, estrinseco e bastantemente estraneo al diritto, informava la proibizione della cessione in *potentiores* che o formava

(*a*) Aggiungi che i sindaci non potrebbero portare querela se non autorizzati, (art. 702), tanto è lontano ch'essi si trovino investiti di questo diritto molto più che lo posseggono esclusivamente.

oggetto di convenzioni o per se stessa modificava le applicazioni del diritto (a).

Distinguendo l'elemento *personale* dal *reale* nell'azione civile, s'intende che vi ha qualcosa d'inalienabile nel primo e di trasmissibile nel secondo; si presenta tuttavia nell'atto pratico una difficoltà. La difficoltà è questa. La parte offesa può surrogare a se stessa una diversa persona che la rappresenti in giudizio in qualità di mandatario o cessionario o simile; può farlo in ogni caso e ad ogni effetto, coll'apparente intendimento di non cedere che i suoi diritti reali ed economici? Le osservazioni fatte nel paragrafo precedente intorno ai diritti dei creditori, sembrerebbero reclamare la stessa conclusione. Nondimeno si sente anche prima di dimostrarla la differenza fra la cessione *volontaria* e la *coattiva*, sì nella formazione del rapporto giuridico che nei suoi effetti. Essa già si manifesta con tutta chiarezza nell'esempio primo, del mandatario. L'erede dell'ucciso, l'offeso di calunnia, o qualunque altro che si trovi nella condizione d'invocare la giustizia contro un reato che lo ha colpito nella persona e nelle persone de' suoi autori o congiunti, non potrà querelare e postulare per mandatario: la legge lo esclude in determinazioni abbastanza positive; è nella natura delle cose. Presso a poco ciò stesso dovrebbe dirsi nel fatto di una cessione volontaria che non offrirebbe, rimpetto ai terzi, una condizione diversa e sarebbe identica nei risultati.

Per qual ragione la condizione del creditore sarebbe più vantaggiosa di quella del cessionario volontario? Tentiamo di trovarla.

Il creditore che ha diritto di esser pagato, è protetto dalla legge in questa sua condizione speciale. Nel caso possono concepirsi, anche sotto forma astratta, le seguenti posizioni giuridiche. Appresso la violazione del diritto avvenuta per causa di reato, avendo lo Stato, per ragione di bene generale, assunta la direzione autorevole dei mezzi capaci di reintegrare il diritto alle parti private dallo stesso reato direttamente offese, non era assegnabile che un posto limitato in quel-

(a) L'Ayrault ed altri di quell'epoca temevano un pericolo contrario: temevano che la cessione dell'azione civile fosse per favorire l'imputato (MANGIN, *Traité*, n. 128). Strano timore! la cessione non ha veruna attitudine per giovare ad un imputato; di consueto è una vessazione, un cangiare in peggio, un pigliarsi addosso un accattabrighe, un trafficante di liti; se si è benevoli verso l'imputato non si cede l'azione per fargli del bene, la scusa sarebbe nel bisogno.

l'arena giudiziaria ove non combatte che la ragione coll'organo dei magistrati. Non si trattava della loro libertà individuale e del favore ch'essa merita; no: infrante dalla funesta forza del reato le relazioni giuridiche o più sante o più rispettate, divennero necessarii i mezzi di riparazione, in considerazione dei quali, e in pro del diritto e della libertà generale si è dovuto la libertà individuale restringere e menomare. In un sistema in cui tutta l'attività del giudizio è confidata agli organi della legge, la individualità offesa è appena considerata; e non viene accettata a far parte del giudizio che entro limiti e sotto condizioni *perchè si tratta di pesare sopra un'altra individualità*, quella dell'imputato che le sta di fronte in una posizione opposta e per la quale, e non già pel denunciante o querelante, milita in linea di giusta difesa il principio della libertà.

Ed ecco che tutto quello che tende a moltiplicare di numero o di forza la persona querelante, rappresentando una diminuzione di libertà della parte imputata, deve restringersi nella misura che la legge sottilmente calcolando ha fissata, altrimenti la condizione della parte imputata diventa più grave, dovendo combattere più persone e più interessi coacervati e perciò più forti. Un'altra ragione si aggiunge a respingere ogni persona estranea a quei rapporti immediati e personali che il reato produce: l'impertinenza del diritto quanto ad essi, l'intrasmissibilità, quanto al soggetto di diritto dell'azione civile.

Nella cessione *volontaria* si appalesano e si formano le sopra specificate inormalità di diritto, semprechè la cessione non sia ristretta alla parte materiale, all'importare del danno che può cedersi senza difficoltà, e il cessionario, espleto il giudizio penale, può anche comparire in questa sua qualità nel conseguente giudizio di liquidazione di danni.

Ma se la cessione non è volontaria, se la stessa parte lesa è costretta a subire la posizione e a cedere il luogo (*a*), se un creditore ha proceduto ad un sequestro, ha messo *sub pignore* l'azione del debitore, parte offesa; se insomma viene a intromettersi nella questione un nuovo rapporto di diritto, quantunque estraneo alla parte imputata, la ragione consiglia di modificare lo stesso rigore di diritto, perchè quel rapporto merita anch'esso una protezione; così il creditore subentra

(*a*) Benchè la causa del debito sia in origine volontaria.

*jure* e non per atto volontario del debitore nel suo posto giudiziario, o si aggiunge a lui, nei modi e nei limiti determinati nel § precedente. Potrebbe anche avvenire che il creditore non potess'essere soddisfatto altrimenti : egli è giustificato dal suo medesimo interesse che allontana il sospetto di una coalizione, di qualche tristo maneggio a danno dell'imputato.

## CAPO VII.

### Del diritto della querela.

#### PARTE I.

GENERALITÀ

#### § LVII. — *Indole razionale e giuridica del diritto della querela.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 71).

273. L'azione penale mantiene sempre il suo carattere — *essa è essenzialmente pubblica* — dice l'art. 2. Destinata ad estrinsecare la minaccia del Codice penale e a mettere in comunicazione la sua teoria col mondo reale, è inspirata dallo stesso principio conservatore, il mantenimento della libertà generale mediante la ricostituzione del diritto violato, coi mezzi indiretti e surrogatorii che sono nei poteri umani. La gradazione dei fatti penali si presenta come un portato delle cose; e se potesse aver luogo la idea dell'ordine nel campo del disordine e d'ogni sovvertimento, si direbbe che la elasticità del misfare ha i suoi confini e il maleficio stesso le sue leggi, il quale esaurisce in vero tutti gli orrori possibili, ma dentro il termine della natura umana. Può insomma la esperienza prestabilire i modi e le forme della delinquenza: ed è ciò che studiansi di fare i Codici penali.

274. Vi sono pertanto alcuni studii o momenti in cui si discerne una serie di azioni punibili da un'altra serie; e tre possono segnalarsi. *Prima.* Di quei maleficii la cui punizione è necessaria alla li-

bertà generale. *Seconda*. Di quei maleficii in cui l'elemento della libertà individuale prepondera, e l'interesse generale non si occupa più che del modo e dell'esercizio. *Terza*. Di quei fatti la cui penalità si attenua sino a rappresentare una emenda civile: ultimo anello che congiunge il diritto penale col diritto civile.

Codesti tre momenti sono imperfettamente significati dalla nota classazione dei reati, in crimini, delitti e contravvenzioni. Dico ***imperfettamente*** perchè vi hanno delitti di azione pubblica, come di azione pubblica vi hanno contravvenzioni (*a*).

275. Pertanto l'azione penale, sempre pubblica circa il modo e l'esercizio, checchessia della questione della partecipazione invero poco interessante (*b*), l'azione penale è pubblica o privata, ***quoad causam***; ed è rimarchevole che ciò non dipende tanto dalla entità o gravità o generalità dei reati quanto piuttosto dalla loro natura ***e qualità***; imperocchè anche le semplici contravvenzioni possono portare la impronta di un interesse generale, non attenendosi in un modo particolare alle ragioni del diritto privato. O, se in altri termini dir si voglia, non contrapponendosi al concetto dell'interesse generale o comune un altro interesse considerabile, un concetto d'ordine diverso, che fa consistere il bene della giustizia nello esercitarla con prudenza e con quel senno di pratica e sociale convenienza senza cui ciò che è bene in tema generale può convertirsi nel contrario e produrre il male.

276. L'azione privata, o il diritto della querela non è punto la riproduzione della individualità vendicante se stessa nei fatti penali, nè un ritorno, per quanto limitato, agli antichi sistemi; nè una vera e propria eccezione al principio della universalità della giustizia, ma un apprezzamento della giustizia stessa in quanto è sociale, effettiva, e benefica nelle sue applicazioni; non vaga, astratta e sistematica. Nella solidarietà sociale, anche il bene individuale si considera come un elemento del bene generale; e rappresenta in sostanza il princi-

(*a*) Si è fatto un gran dire e si fa ancora sul principio logico che dovrebbe presiedere alla classificazione dei reati e non dovrebb'esser quello seguito dal Codice per imitazione francese.

La questione è più difficile di quello che si crede. Mi riservo di pronunciarmi in altra occasione.

(*b*) Se il pubblico Ministero abbia il dominio dell'azione quando è pubblica; se ne *partecipi* e quanto *ne partecipi*, se l'azione è privata; di che si disputa alacremente e inutilmente. Disputa di parole.

pio di libertà coi suoi sviluppi non repressibili se non dove comincia la lesione dei diritti altrui e della libertà generale. Due elementi sostanziali si riuniscono adunque e si offrono alla mente nel concetto dell'azione privata del reato; uno che può chiamarsi *positivo* e l'altro *negativo*. Il primo è una applicazione del principio della libertà individuale che ci attribuisce la facoltà di perseguitare le offese a noi fatte o di perdonarle. L'altro è il non trovarsi siffatta facoltà in veruno antagonismo o contraddizione col bene generale; ed anzi il giovarsi che fa lo stesso bene generale di quei migliori risultati che nascono dal condizionale e moderato esercizio della giustizia medesima.

**277.** Veduta la teoria, nel fatto diviene evidente. Lasciare al marito, al padre, al capo di famiglia la facoltà di portare o no in giudizio le sue querele per reati domestici che principalmente lo affliggono, è riconoscere il diritto della libertà individuale. Ecco l'elemento positivo. Tale facoltà, che per solito riesce alla impunità giuridica, non è in opposizione col bene pubblico, è la seconda proposizione. E può cavarsene anche una terza, che il bene pubblico se ne giova: tal essendo la omogeneità delle relazioni sociali che ciò che si trova confacente al benessere individuale, e molto più all'ordine e tranquillità di quei nuclei sociali che sono le famiglie, si spande ed accresce al bene generale. E invero se per gli adulterii e simili fatti la legge dello Stato fosse inesorabile, perenne la sorveglianza, implacabile la ricerca, la persecuzione inevitabile; se delle domestiche transazioni, del pentimento, del perdono non si potesse mai tener conto, è ben facile il risolvere che la legge negli effetti sarebbe peggiore dello stesso reato, e di gravissimi disordini sarebbe cagione. Adunque il non far tutto questo è il bene; il confidare al domestico senno la correzione dei privati costumi e della moralità interna è pure il bene: un elemento di bene adunque, che largamente diffuso come in sostanza è, si aggiunge alla massa del bene generalo in questo senso: che data la irrevocabile violazione del diritto, si trova essere un bene la migliore acconcezza e opportunità del rimedio.

Onde può stabilirsi il postulato generale: che allorquando la protezione dello Stato eccede la propria ragione di essere, in ogni genere di libertà, diventa dannosa.

**278.** Volendosi analizzare questo fondamento dell'azione individuale, si riscontrano i seguenti elementi razionali; 1° La minima entità politica del reato; 2° Una loro indole particolare che esclude il

pericolo che nasce dai reati che hanno un carattere più generale; 3° Un concorso di circostanze che rende meno necessaria l'opera dello Stato; 4° La reale utilità di commetterne l'azione all'arbitrio delle parti offese (a).

Questo corso d'idee è favorito dalla tendenza della civiltà. Quell'esimio giureconsulto che teneva i sigilli nello Stato nel **1863**, in una tornata di giugno di quell'anno alla Camera dei deputati, proponeva di estendere largamente la sfera dell'azione individuale « subordinando in dati casi l'esercizio dell'azione penale alla querela della parte offesa ». Le considerazioni generali preposte a quel progetto di legge avevano lo scopo di dimostrare che un maggiore svolgimento della libertà individuale nei fatti penali, era desiderabile nel progresso della convivenza sociale. E in massima lo ritengo io pure. I progressi di una età non sono quelli di un'altra; l'abolizione del dominio individuale nei fatti penali fu una vera conquista del diritto; essa non può perire. Nondimeno convengo che una certa più larga applicazione della libertà sia possibile e possa valere a rappresentare un'altra e ulterior fase del progresso sociale. Bisogna immaginare che in quell'epoca i delitti siano per essere meno atroci, meno frequenti, e facciano meno impressione nel sentimento pubblico. L'opera dello Stato nel preparare gli sviluppi della giustizia penale, e quella del magistrato nell'incombere alla realizzazione della giustizia, si faranno via via meno necessarie. La giustizia penale si svolgerà in questo modo entro la civiltà stessa e come un portato di quella; e si modificherà, come sempre, coi bisogni e colla coscienza del popolo. Il guardasigilli avrebbe voluto affrettare quel tempo ma trovò gravi ostacoli nella opinione del Parlamento. La sola iniziativa denota che lo spirito della civiltà era stato compreso ma quell'epoca è ancora lontana.

(a) L'adulterio (art. 482, del Codice penale); il concubinato (art. 483); il ratto susseguito da matrimonio (art. 498); la seduzione di una fanciulla minore di anni 18, con promessa di matrimonio (art. 500); i mali trattamenti fatti al coniuge (art. 515); ogni genere di diffamazione, libelli, ingiurie personali (art. 570 al 586); sono reati di azione privata, e possono in essi facilmente ravvisarsi i caratteri sopramentovati. Lo Zaccheria osservò che se il furto non si punisce, la impunità sarà molto perigliosa perchè altri s'invoglieranno a rubare: ma se trattisi per esempio di ferite, che è caso tutto particolare, non ci sarà lo stesso pericolo. Osservazione acuta; da noi espressa nel 2° degl'indicati elementi.

## § LVIII. — *Continuazione. Metodo dei trattatisti francesi.*

279. Gli scrittori francesi che hanno trattata questa materia, sono concordi in ciò che la querela nei casi determinati è una condizione dell'azione pubblica; e data la immanenza dell'azione pubblica, la querela è una causa di sospensione di essa non meno che dell'azione civile. E parificano questa causa di sospensione, ch'essi deducono *dai fatti che costituiscono la prevenzione* (MANGIN, *Tratt.* n. 129), a quelle altre cause che si deducono *dalla qualità delle persone che sono l'oggetto della prevenzione; dai conflitti coll'autorità amministrativa ed anche dalle questioni pregiudiciali.* Il quale modo di vedere a me sembra molto inesatto. Non è precisamente una questione di trattazione e di metodo, ma una questione di sostanza e interessante la scienza, tenendo alla nozione fondamentale di due forme distintissime dell'azione.

280. L'azione che s'istituisce colla querela è un vero e sostanziale diritto della parte privata. L'azione difatti essendo definita—*jus persequendi in judicium quod sibi debetur*—non può concepirsi come la condizione di un'altra azione, essendo la condizione un fatto circostanziale di un evento giuridico e non un proprio e distinto rapporto di diritto. E che l'azione del reato, sia un sostanziale e per sè esistente rapporto di diritto, si dimostra da ciò ch'essa è fondata nelle ragioni della proprietà personale come uno esplicamento della individuale libertà; e dipende da una volontà libera e autonoma che potrebbe anche non formarlo, lasciando cadere impunito il delitto di cui la persona è l'oggetto (*a*). La *sospensione* suppone la esistenza abituale di un rapporto di diritto che aspetta un avvenimento per esser messo in atto; laddove l'azione pubblica lungi dall'avere una condizione qualunque di esistenza quando l'azione è privata, potrà non averla mai se questa non si promuove.

Il concetto dei Francesi mette a fascio due nozioni che hanno grand'uopo di rimanere distinte. L'azione pubblica impone il sagrificio della libertà individuale dell'offeso i cui interessi si confondono coll'interesse generale, e non può in niuna guisa disporre della propria

(*a*) La proprietà è anche la *persona* nel senso del dominio di essa sulla materia, e del tenere che si fa unita la proprietà alla persona colla forza dello spirito.

volontà e dei proprii affetti, ma solo può seguire con date norme le vie scelte dal ministero della legge. Domina in questo secondo sistema il principio della utilità generale che mira alla libertà generale, alla libertà di tutti, principio tante volte espresso da Kant (*a*). Emerge invece nell'altro sistema il principio individuale, la cui attività, riguardandosi come innocua al bene generale, è perciò indipendente, e non serve come istrumento o mezzo all'attuazione di un altro principio col quale sta logicamente in opposizione. È facile confondere l'*azione* coll'*esercizio dell'azione;* ed è merito dei Francesi. L'esercizio dell'azione è sempre pubblico, poichè, tosto promossa un'azione penale, il magistrato a così dire se ne impadronisce per imprimervi quella direzione e quella regola che è conforme al diritto. Ma egli non la crea, l'azione non è sua. È la stessa querela, e non altro che la querela, che costituisce il rapporto giuridico mediante il quale colui che un momento prima godeva di una piena libertà è soggetto a dar conto di sè alla giustizia e si trova in presenza di un processo. Questa condizione giuridica, inevitabile perchè il querelante procede con diritto, si forma colla querela. Atto in se stesso perfetto e compiuto: tutto ciò che vien dopo, concerne la sua esecuzione.

È dunque concetto dei giuristi francesi, ai quali noi non possiamo assentire, che la querela non rappresenti che un moto impulsivo dell'azione pubblica senza il quale essa rimarrebbe inerte, e per dirlo con una frase espressiva, dormente; ma però esistente e viva come chi dorme. Questo spiegano colla consueta formola *mettere in movimento l'azione pubblica*, alla quale si può dar passo purchè c'intendiamo nella sostanza. Noi crediamo che l'azione privata del reato sia un diritto per sè esistente e formato, giova ripeterlo, e per essa escludersi l'azione pubblica, in quanto è azione, essendo due termini incompatibili: ma l'azione privata non aver seguito e non potersi svolgere liberamente nel processo, subentrando immediata l'opera del magistrato; opera pur essa indipendente e fondata in un proprio diritto.

(*a*) De là ce principe général que toute action telle qu'elle permet à la liberté de chacun de s'accorder avec celle de tous, est conforme au droit et au juste. Au contraire toute action qui ne peut se concilier avec la liberté général porte atteinte au droit ou est injuste.... Telle est donc la regle fondamentale du droit. « Agit extérieurement de telle sorte que l'usage de la liberté puisse s'accorder avec celle de chacun, suivant une loi général ». *Elém. Métaph. de la doctrine du Droit*, trad. par Barni.

La sostanzialità dell'azione privata non vincola in modo alcuno il procedere del pubblico Ministero obbligandolo soltanto ad occuparsene secondo la giustizia; per converso la ripetuta indipendenza del pubblico Ministero, aggirandosi nella propria sfera di diritto, non attrae all'azione pubblica, come un'accidente della sua esistenza, ciò che vi è di essenziale e *sui generis* nell'azione privata del reato.

**281.** Adunque l'azione pubblica, e l'azione privata del reato sono due essenze giuridiche distinte, e basate in diversi principii.

## § LIX. — *Saggio di confronto cogli antichi istituti romani. Osservazioni critiche sopra una dottrina di Faustin Helie.*

**282.** La individualità dell'azione penale signoreggiò nella opinione degli antichi e generalmente in tutti i popoli primitivi, per la mancanza di una nozione perfetta del diritto penale che tardò lungamente a formarsi. La stessa *publica accusatio* non era che uno esplicamento a grandi proporzioni dello stesso principio combinato coll'interesse dell'accusa per assicurare al possibile la punizione dei delitti. Secondo la purezza di cotale sistema, si conforme alle idee di libertà delle antiche repubbliche, lo Stato non aveva veruna iniziativa e non esercitava, mediante le leggi, che una ingerenza negativa, limitando agli accusatori le qualità della persona e i modi dell'azione. Io parlo del sistema della *publica accusatio* e non di quelli ibridi e misti che sopravvennero colle fasi politiche dell' impero ; ricerca troppo estesa ed anche fuori del semplice concetto di questo paragrafo.

Posto pertanto il fondamento dell'azione penale nell'unico principio (la individualità), vengono a mancare i termini di confronto al nostro sistema che divide l'istituto dell'azione penale in due sommi concetti: quello della libertà generale nell'azione pubblica, quello della libertà individuale nell'azione privata; i quali concetti rappresentano il doppio aspetto del diritto in quanto protegge la libertà generale colla restrizione della libertà individuale, e in quanto permette alla libertà individuale un certo e moderato sviluppo sino al punto in cui può rendersi pericolosa alla stessa libertà generale.

Von Goenner, e altri Tedeschi, cercarono delle analogie nella legislazione romana come altri ne cercarono a favore della istituzione dei giurati. L'Helie non seppe trovarle (§ 140, n. 975, e segg.), po-

nendosi principalmente nell'osservare che fra i *crimina publica* e i *privata delicta*, eravi ben altra differenza e ben diversamente costituita da quella che noi potremmo vedere fra i fatti penali contro i quali non si può procedere presso noi che coll'azione pubblica e quelli contro i quali non si può agire che con querela di parte. I *delicta privata* non erano veri e proprii delitti, e ritenuti quasi fatti meramente civili non interessavano che la giurisdizione civile (*a*); lo scopo di quest'azione era meramente il risarcimento del danno, secondo una nota espressione di Ulpiano. « Ibi principaliter de damno agitur quod domino datum est ». (*L.* 7, § 1, *D. de inj. et fam. libell.*). L'azione non apparteneva, e non poteva appartenere, che alla parte interessata; e compresa nell'azione civile non poteva far parte dei *judicia publica* essenzialmente penali. Helie, che è l'autore di queste osservazioni, crede di dovervi insistere, e secondo me con ragione, nonostante che ai *privata delicta*, come la *injuria*, il *furtum*, la *vis bonorum raptorum*, fosse attaccata una vera pena, e talvolta anco la infamia.

**283.** Bisogna convenire in questa dottrina sino a quel cangiamento legislativo che l'illustre scrittore rammenta avvenuto nel secondo o terzo secolo dell'impero (*b*). D'allora in poi la dottrina di Helie non può più seguirsi. I *delicta privata*, in parte almeno, passarono espressamente nella famiglia dei crimini. (*L.* 3, *De privat. delict. L. ult. D. de furtis*). Alle parti offese fu data *l'optio* di agire civilmente o criminalmente; ma lo scopo di punire il furto risulta evidente nel secondo dei citati testi di Ulpiano, che di più ci attesta come il punire criminalmente il furto, fosse già venuto in uso (*c*). Veri

(*a*) Che è pure dottrina storica del Mittermaier.

(*b*) Si conviene nella sostanza della dottrina e nella distinzione fondamentale della giurisdizione; quanto però alle ragioni del sistema è d'uopo toglierle meno dalla natura morale delle cose che dagli ordini stessi legislativi. È noto che non tutti i giudizii che di crimini trattavano erano pubblici. « Non omnia judicia in quibus crimen vertitur, publica sunt; sed ea tantum quae ex legibus judiciorum publicorum veniunt; ut Julia majestatis, Julia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficiis, Pompeja parricidiis, Julia peculatus, Cornelia de testamentis, Julia de vi publica, Julia ambitus, Julia repetundarum, Julia de annona ». *L.* 1, *D. de pub. jud.*

(*c*) « Meminisse oportebit, *nunc furti plerumque criminaliter agi*, et eum, qui agit, *in crimen subscribere*; non quasi publicum sit judicium, sed quia visum est, temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si quis velit, poterit civiliter agere ».

giudizii penali, avvegnachè non *publica*, erano tali *judicia extra ordinem*. Si è già avvertito poco sopra (in nota) e colle parole di *Macer* che non *omnia judicia in quibus crimen vertitur publica sunt;* onde non possiamo accettare quella specie di corollario storico di Helie. « Il n'y avait véritablement des délits dans le droit romain que ceux auxquels s'appliquaient les jugements publics et les formes de l'accusation » (n. 976) (a).

**284.** Questo infaticabile e dotto scrittore è compreso della importanza dell'azione pubblica; e come suole quando si è dominati da una forte idea, richiama a quella fonte più acqua che può; tende ad abolire l'azione privata del reato, o almeno ad assorbirla totalmente nell'azione pubblica. In una specie di timore che l'esempio sempre autorevole della legislazione romana potesse fare un po' male alla sua tesi prediletta, erudito com'è, sostiene che non erano propriamente delitti, giusta il diritto pubblico di quell'età, quei fatti quantunque penali che si proponevano in giudizio per istanza ed arbitrio di parti. Noi veniamo dal fare alcune osservazioni che rispondono a capello. Il miglior frutto per altro che si può cogliere da questa piccola e non inutile digressione, è che male noi moderni argomentiamo dalle antichissime istituzioni penali, e ci conviene lasciar questo vezzo da eruditi, mentre non solo facciamo vedere che erudizione e criterio non sono sempre la stessa cosa, ma anche diamo di colpo pur qualche volta ai principii, quasi facendo credere i principii esser tali quali veramente non sono. Si è notato di sopra e lo ripetiamo, quando anche riuscisse all'autore ed alla sua scuola di far entrare nell'*accusatio publica* tutti quei delitti che n'erano eccettuati come privati, non si verrebbe però a capo di stabilire che l'*accusatio publica* fosse un instituto da paragonarsi alla nostra azione pubblica, vogliasi nell'ordine delle idee o in quello dei fatti.

L'illustre autore ha notato che alcuni reati, sebbene riputati gravissimi, sfuggivano alla *publica accusatio:* tali erano il *partum suppositum e l'adulterio;* e si appone al vero. Per altro questo ricordo storico che rimane isolato non collegandosi a verun ragionamento dell'autore, merita qualche nostro riflesso. Era quella una propria e vera limita-

(a) « Levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet, et vel liberare eos quibus objiciuntur, vel fustibus castigare, vel flagellis servos verberare ». *L.* 6, *de accusat.* È niun dubbio non esser questi dei delitti, colpiti dalle verghe e dai flagelli, perchè discussi alla semplice avanti il proconsole.

zione dell'*accusatio publica* nei rapporti delle persone e non punto rispetto alla forma del giudizio. Per ciò che spetta al *partum suppositum* era scritto « soli accusant parentes, aut hi ad quos ea res pertineat, *non quilibet ex populo* ut publicam *accusationem intendat* ». (*L.* 30, § 1, *D. ad L. Corn. de falsis*). Noi abbiamo invece creduto di trovare che l'azione privata del reato deve riputarsi presso noi fondata in un diverso principio. Quanto *ai motivi* pei quali si faceva una classe o parte dei delitti d'adulterio e di *partum suppositum*, essendo quali richiede la ragion naturale, il buon senso e la moralità, son quelli di tutti i tempi e di ogni condizione di civiltà. Essi sono pure i nostri (*a*).

## § LX. — *Della desistenza come complemento della teoria esposta nel* § LVII.

(Mangin, *Compendio*, n. 72).

285. Non sempre i commentatori fanno buona teoria, appunto perchè sono commentatori. Il rispetto gl'incatena alle leggi che presero ad illustrare; bisognerebbe non ragionare, ma volendo ragionare a seconda di leggi cattive, non si fa che mandare indietro la scienza.

Perdonatemi lo stile cattedratico, ma è così. La istituzione della querela è imperfettissima in Francia. Non avendo ben compreso i legislatori in che essa consista e in quali principii si appoggi, dopo aver dato alla parte offesa in certi casi il diritto della querela *come impulso determinante l'azione pubblica, nega poi il diritto della desistenza;* e per questo il nostro autore ha dovuto formulare la teoria che qui riporto.

È regola generale e d'ordine pubblico, dice il Mangin (*Tract.* numero 131), che l'azione pubblica può esercitarsi senza veruna istanza della parte lesa: la legge soltanto può portare alla regola qualch'*eccezione;* eccezione che, è ben chiaro, non può estendersi oltre i limiti fissati dalla legge. Ora è stabilito, che come l'azione pubblica sia messa in movimento dalla querela, essa è tosto nel possesso della sua piena indipendenza, e non può più essere arrestata dalla desistenza o transazione col prevenuto.

(*a*) « Publice interest partus non subjici ut ordinum dignitas familiarumque salva sit ». *L.* 1, § 13, *D. de inspic. ventre.*

Questo è un tratto di storia del sistema, e non vi è a ripetere. Ma l'autore s'inoltra a giustificarlo, e dice, che il volere altrimenti sarebbe un fare della querela *le principe même de l'action publique*, laddove *è una eccezione del principio medesimo* che, lo dirò ancora colle sue parole, *réside dans l'indépendence du Ministère public pour poursuivre directement et d'office toute délit* (a).

286. La legislazione italiana è venuta in un concetto affatto diverso. Dispone l'art. 116. « Nei reati nei quali l'azione penale non può esercitarsi senza istanza della parte, *può questa desistere dalla sua querela. L'uffiziale che ha ricevuto la querela deve avvertire la parte offesa del diritto che le compete di desistere* ».

Così il concetto della libertà individuale, fondamento razionale della querela, è mantenuto in tutta la sua ampiezza. Il concetto è puro e intende sè stesso. Il diritto di querelare implica quello di desistere dalla querela, come il diritto di fare un giudizio civile implica quello di rinunziarvi. Il concetto della legislazione francese è una contraddizione. Se ragioni d'interesse particolare si trovano preferibili a quelle di un interesse generale che in quei dati casi non viene in considerazione che in un rispetto subordinato e secondario, non si è coerenti quando poco appresso si torna a magnificare l'interesse generale, e nella sua prevalenza assorbente si confonde ancora l'interesse privato. Non mi fa maraviglia che il più alto consesso giuridico della Francia abbia stimato un *capriccio* la desistenza, dacchè il legislatore non la stimò altrimenti. Ma per esser logici, non era meno un *capriccio* l'atto della querela che, rimessa alla volontà delle parti, poteva rendere inerte ed invano aspettante la giurisdizione penale. Chi volesse occuparsi di osservazioni di minore importanza potrebbe dire, che l'impedire alla parte di ritirare il dardo una volta lanciato, non doveva facilitare l'uso della querela, proficua, come si suppone, alla giustizia penale perchè senz'essa non si condanna. In sostanza, se l'azione è privata, tale deve rimanere benchè il suo esercizio sia

(a) Art. 4, del Codice d'instr. crimin. « la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique ». Una decisione della Cassazione riferita da Mangin adopera le seguenti espressioni: « que l'action publique, une fois mise en mouvement par les poursuites ou par la plaint, ne peut être arretée ou paralisée pour le fait de la partie.... » perchè dall'esservi d'uopo d'una querela, *il n'en s'ensuit pas que l'action du Ministère public soit subordonnée aux caprices ou à la volonté de la partie civile*: eccetto il caso dell'adulterio.

moderato dalle leggi, perchè non cangia natura, procedendo, e perchè quella stessa ragione che non trovò utile o giusta o conveniente la facoltà iniziale, non può disapprovare e trovare ingiusta, incongrua, dannosa la desistenza. Se il procedere criminalmente per piccole ingiurie, per diffamazione personale, ecc., può far più male che bene, aggravando gli odii, propagando le discordie e gli scandali, provocando rappresaglie e via discorrendo, perchè non potrò io rappacificarmi col detrattore, stringergli la mano, perdonargli o accettare le sue scuse e abbandonare la causa criminale? È forse il caso in cui la giustizia pubblica, severa matrona, può dire dall'altezza del suo seggio: io impero, a me sta di colpire *aequa lance* e i grandi reati e le piccole colpe; rispettatemi, io sono indipendente e non servo *ai vostri capricci?*

287. Ebbi forse torto nel dire che sono conseguenze di mal posti principii? Per venire ad esse si è dovuto partire da questo: che il diritto della querela *è una eccezione* del principio che per tutti i delitti l'azione è pubblica; il che si è provato non esser vero.

Sino a qual punto sia stata esagerata *la forza di quel principio*, e con quali argomenti si sostenga il sistema dell'azione pubblica, può ben vedersi nel nostro autore (*Tratt.* n. 132, *Compendio* n. 73). In questo stesso numero del Compendio si parlò di quella opinione del Mangin e della sua pretesa confutazione di contraria opinione del Carnot; e questa volta siamo lieti di combatterlo (il Mangin) con un altro autore francese di fama non minore.

Sostenevasi adunque nel numero indicato che *l'azione civile* promossa dalla parte lesa era nello stesso tempo la provocazione del giudizio penale in quanto quel fatto bastasse ad investire il pubblico Ministero del legittimo esercizio della stessa azione penale (*a*). L'argomento di Mangin ha tutto lo sforzo e la eccentricità dell'assurdo. Il pubblico Ministero tace perchè si suppone che il reato non esista, o la parte offesa voglia sopportarlo in pace, e di ciò non le si deve dar cagione. Ma il promuovere che fa l'azione civile ben prova che non fu contenta di trangugiarsi la offesa, ma ne vuole un conto, qualunque sia, dalla giustizia. Ecco dunque dato in mano al pubblico Ministero quanto basta all'azione penale che stava in quiete aspettando che la

(*a*) Pareva non bastare, supposto che la querela non avesse appoggio in un fatto penale.

parte offesa promuovesse la propria. Una idea ci colpisce: ed è questa giustizia penale che ansiosa di fare le sue armi, rotti i deboli vincoli che la trattengono, irrompe colla bandiera alzata della *salus publica*.

Del resto posso rimettermi a Faustin Helie (*Théorie du Cod. d'instruct. crim.* n. 1003), ed agli autori che professano questa opinione la sola, io credo, che rimane in campo (a). Ma quegl'illustri argomentano più che altro dalla illogica estensione di un atto civile della parte ad un atto penale della parte stessa; e dal doversi per contrario ritenere che se questa non promosse un giudizio penale, è appunto perchè non volle promuoverlo. A me preme sopratutto di respingere il concetto di quella giustizia penale ansiosa ed impaziente, pronta a lanciarsi sulla preda e disposta a non più rilasciarla. Non si può così immaginare senza la convinzione che l'azione privata del reato non sia un diritto sostanziale, fondato in ragioni sue proprie, ma un vincolo della giustizia ed un vero ostacolo.

## PARTE II.

### SPECIALITA'



### § LXI. — *Adulterio.*

(MANCIN, *Compendio*, n. 74 a 79).

I.

*Del diritto della desistenza.*

288. La procedura di questo reato è sempre stata dipendente da particolari regole. Anche in quelle legislazioni ove la libertà dell'azione è meno apprezzata, si è dovuto fare delle concessioni. Sia pur giusta e prevalente quanto si voglia, la idea di una società che affida alla giustizia penale le difese dei proprii interessi (idea che noi non ammettiamo, almeno in tanta estensione), i diritti di famiglia reclameranno essi pure una protezione conforme ai proprii interessi. Queste pretese verranno necessariamente a modificare le prime. E non

(a) Lesellyer, n. 550 e 508; de Granier, t. 1, p. 346; Chassan, t. 11, p. 31; Morin, *Répert. du droit crim.*, v° *Adultère*, n. 14, Edit. D.

solo si troverà conveniente che l'azione del magistrato non preceda quella del marito offeso onde non immergerlo, suo malgrado, nello scandalo, ma altresì che il marito possa, quando voglia, ritirare l'accusa, e ricoverarsi anche una volta colla moglie nella pace domestica.

Tutti i rigori dell'azione pubblica istituita *pour tout délit*, hanno dovuto cedere ad una condizione di cose che parlava più alto di tutti i sistemi. Ma è manifesto che il diritto dell'*esistenza*, che è quello di cui qui si ragiona, consegue del pari logicamente dalla facoltà della querela in qualunque altro caso benchè a titolo non del pari importante.

È noto che l'adulterio della moglie e del marito non furono trattati colla medesima severità dalle leggi penali. Fu un tempo in cui la moglie sola era colpita, tanto più crudelmente, quanto più il marito era libero dalle censure. L'essersi accordate alla moglie delle eccezioni tolte dalla condotta immorale del marito, è un fatto della civiltà, rialza la dignità della donna, e mette in relazione i diritti del matrimonio. Il Codice penale ha nettamente posta la eccezione, *le fin de non recevoir*, che la moglie può opporre. (Art. 484, Cod. pen (*a*).

289. Pertanto il marito ha diritto di proporre la querela di adulterio, ed ugualmente il diritto di ritirarla; e non essendovi nulla da aggiungere quanto alle leggi nostre, può tuttavia osservarsi come i concetti legislativi, quantunque falsi, s'imprimano nei più nobili intelletti colla forza dell'autorità. Favard de Langlade domandava se, data dal marito la querela d'adulterio, fosse più in grado di arrestare il procedimento del pubblico Ministero chiedente la condanna. E parrebbe, dice il ch. scrittore, essendochè l'art. 337, dispone a favore del marito la facoltà di disapplicare o stornare o rendere inutile la pena che fosse già stata pronunziata contro la moglie colpevole. Perchè adunque non potrà il marito sospendere il procedimento diretto

(*a*) Ho detto *condotta immorale* come idea più generale: vero è però che la legge determina lo stato d'immoralità, come base di eccezione, nel concubinato (art. 484, c. 4). Si doveva fare: in codeste materie piene di passioni e di scandali, non si è mai precisi abbastanza. L'antico diritto criminale francese ammetteva un *fin de non recevoir* contro la querela nei fatti di lenocinio, e men gravi ancora d'impulso alla libidine e di corruzione della moglie a cui lo stesso marito avesse dato mano e incitamento o conforto di vile e prolungata tolleranza. MAYART DE VOUGLANS, *lois criminelles*, tom. I, p. 201. *Tousse*, tom. III, p. 236. Qualche cosa di simile apparve nel progetto del Codice, ma non fu adottato per ragioni che si possono facilmente intendere.

alla condanna, se poi potrà della condanna disporre e impedirne l'effetto? Favard de Langlade ha ingegno tanto sottile da rispondere alla difficoltà. « Mais cette conclusion ne serait pas juste lorsque la condemnation a été prononcée, le scandal causé par le mépris que la femme a manifesté pour les premiers devoirs est puni, *la société est satisfaite* (anche qui la società vuol esser soddisfatta), la loi autorise le mari a pardonner à sa femme: le rapprochement de deux époux séparés est toujours favorable. Mais quand l'action du Ministère public a été mise en mouvement par la plainte du mari, elle cesse d'être enchainée, elle ne peut être subordonnée à la volonté, *au caprice* du mari. Des que la plainte a été portée devant le magistrat, la *société doit être satisfaite;* et elle *ne peut l'être que par le jugement définitif de la plainte en adultère: le mari pourra ensuite pardonner à sa coupable épouse* » (*a*). Per questo scrittore l'ultimo stato della giurisprudenza francese, non molto avanzata in vero, era quello che risultava da una decisione della Corte suprema del 1816. Quando scriveva Mangin, il punto era fissato nel miglior modo: si era bene inteso lo scopo: Mangin, che non eccede mai, quando si tratta di principii liberali, trovava che la dottrina del Favard de Langlade, vera nel fondo, poteva sembrare troppo assoluta (*b*). Non era dir poco. Ma vedremo inoltrandoci nel discorso, che gli autori più moderni sono ancora incerti intorno a varii problemi relativi a questo processo.

Intanto il presente è felicemente sciolto dall'art. 487 del Cod. penale « nel caso che un coniuge sia convinto di adulterio, di concubinato, *può l'altro coniuge impedirne la condanna* col desistere dalla querela: *può altresì far cessare gli effetti della condanna, purchè acconsenta di tornare a convivere col coniuge stato condannato* ».

Amendue i casi sono preveduti ed ordinati. E con quanta sapienza! Prima della condanna basta la desistenza; dopo la condanna ci vuole di più. La rappacificazione completa dei coniugi, la riunione. Allora soltanto l'interesse della morale pubblica diventa abbastanza forte per essere preferito ad ogni altro interesse. Qui farò alcune considerazioni non senza valore.

(*a*) *Rép. de nouv. législat.* MANGIN, *Traité*, n. 13.

(*b* « Ces principes sont vrais; mais il peuvent paraître trop absolus, appliques à une matière exceptionnelle come l'est celle de l'adultère » (n. 136 del Trat.) Difficile conciliare la verità dei principii, non generalmente annunziati, avvertiti, ma riferiti espressamente al processo dell'adulterio.

Sino alla condanna, prima o pendente il processo, il principio della libertà individuale sovrasta per le ragioni altra volta avvertite. Il legislatore ha già scrutato tutto ciò che vi ha di conforme al diritto nell'arbitrio concesso al volere privato; e infine il volere privato decide. Ma lasciato correre il processo sino alla condanna, e questa pronunciata, è fissata quella condizione giuridica che *cangia lo stato della persona* in faccia al diritto (*a*). Da quel punto la soddisfazione che si deve al diritto, la cui lesione fu autenticamente comprovata, è inevitabile. Ma chi mai dirà che il diritto non può essere soddisfatto che colla pena? La pena è un mezzo indiretto, dolorosamente necessario, per riabilitare, per attuare il diritto. Ebbene se noi facciamo che risorgano e si ricompongano le relazioni giuridiche già infrante dal reato; e se dall'altra parte la coscienza pubblica non si offende ma plaude e va lieta di questo risultato, la pena non sarà più necessaria poichè senza essa, e con mezzi diretti e proprii della sua natura, lo stato giuridico si è ricostituito.

È chiaro che la nuda desistenza non sarebbe sufficiente onde la ignominia della condanna si cancelli e ritorni lo stato di diritto, e deve verificarsi l'effetto dell'art. 487 del Codice penale sopra indicato (*b*).

II.

*Dell'azione e della desistenza rapporto al complice.*

(Mancini, *Compendio*, n. 76, 77).

291. Può il marito denunciare la moglie adultera e non il complice?

Non denunciato il complice, può il Ministero pubblico agire d'ufficio contro di lui?

Il perdono e desistenza del marito fatto a favore della moglie giova al complice?

(*a*) Non è spregevole ragione quella avvisata da qualche scrittore che la desistenza fa ritenere che *il delitto non sia mai esistito* contro la quale benevola finzione viene poi a protestare la verità, la sentenza di condanna.

(*b*) Il delitto d'incesto, benchè appartenga pur esso alla classe di quelli che turbano l'ordine delle famiglie, è di azione pubblica. E perchè? Perchè offende i diritti della natura e non soltanto le convenienze sociali.

Pronunciata la condanna contro l'adultera e suo complice, il perdono del marito, la desistenza, la riconciliazione e riunione degli sposi, tutto questo porta di diritto la liberazione del complice?

*Prima ricerca.*

292. Il coniuge offeso denunciando il coniuge colpevole, può risparmiare il complice. Ciò è riconosciuto; ed è nella facoltà libera di qualunque querelante il denunciare chi si crede. La causa però del denunciante ne avrà probabilmente discapito dal lato della prova. Ma per quello che ora veniamo a dire sarebbe una reticenza inutile.

*Seconda ricerca.*

293. Se il querelante non denunzia il complice dell'adulterio (a), per gli effetti del processo, egli è come lo abbia denunciato. Ecco la risposta.

Ed in ciò conformandoci alle conclusioni della dottrina francese, siamo più che mai lontani dai principii ai quali essa s'informa e che ci costringono a fermarci sull'argomento.

Egli è come il marito lo abbia denunciato, noi diciamo; perchè il processo non può non occuparsi del correo, o complice (non disputiamo della parola): è una vera ed assoluta necessità del giudizio. Ora non vi è diritto o privilegio che possa attribuire ad un cittadino o ad un magistrato l'assurda facoltà di trattare le cause penali parzialmente, perdonando ad una parte e l'altra perseguitando: non si potrebbe mai formare la storia completa della causa; ne andrebbe di mezzo la giustizia. Noi vediamo in ciò semplicemente un complemento indispensabile dello stato giudiziario; e troviamo che il processo del complice è lo sviluppo diretto della querela, ed emana dalla stessa querela. Per noi il marito che denuncia la moglie, denuncia implicitamente il complice; e questo intende l'art. 485 del Codice penale « Se ha luogo la querela dell'adulterio o di concubinato, *il processo si estende nel primo caso al complice della moglie, e nel secondo anche alla concubina* ». Le due ragioni che conviene qui raffermare sono: che chi vuole il giudizio della moglie vuole anche quello del complice perchè necessario; che superate le ripugnanze che

(a) Bisognerebbe dire *coagente o coautore*, come dicesi in Toscana: ciò sarebbe meglio. Mantengo la parola *complice* per ravvicinarne di più al modo di esprimersi dei Francesi, non *ad imitationem*, lo protesto, ma per chiarezza, trattandosi di esporre la loro dottrina. Più per tenermi alla locuzione legale. (V. articolo 485, 487, Codice penale).

sogliono opporsi a chi vuole istituire un simile giudizio, manca poi ogni motivo di privata convenienza a poter supporre che il marito abbia voluto con proposito mettere l'adultero fuori di contestazione.

**294.** Ciò che poi vediamo derivare dalla querela, gli scrittori francesi in generale, lo avvisano nella potenza indipendente del pubblico Ministero qual *dominus* dell'azione pubblica.

Non è alcuno fra quelli che si occuparono più specialmente di questa materia dell'azione penale e vi fecero intorno maggiori studii, che non abbiano osservato sotto questo punto di vista la singolare combinazione giuridica. Vero è ancora, me ne appello ai conoscitori, che i diversi autori ai quali accenno, Mangin, Faustin, Helie e Chauveau (gli altri tutti ne trattarono molto leggermente) nelle ragioni, nei mezzi, e persino nel metodo e nel novero delle questioni fraternamente si rassomigliano. Dicono adunque di concordia che il pubblico Ministero può agire contro il complice non denunziato (*a*), per suo proprio ufficio, attesochè, e qui è la forza dell'argomento, il marito non è punto investito dell'azione pubblica che rimane sempre presso e nel dominio del magistrato e che il pubblico Ministero è parte principale e non *partie jointe*, come disse Merlin (*b*); aggiungendo a grande conforto di prova, ed a spiegazione dello istituto, i seguenti fatti giuridici; 1° che il pubblico Ministero agisce liberamente; 2° che non occorre si costituisca il querelante parte civile; 3° che il coniuge denunciante non potrebbe nè appellare, nè ricorrere per la pena, e ciò spetta soltanto al pubblico Ministero.

Noi che siamo in un ordine di principii molto diverso, distinguiamo *il diritto dell'azione* dall'*esercizio dell'azione;* crediamo che, rapporto ai delitti di querela, e molto più in quelli riguardanti la famiglia, il diritto dell'azione sia tutto *et pleniter* nel querelante. Veramente presso i Francesi la imperfezione della disposizione positiva fa vacillare anche la teoria: ma noi abbiamo quel concetto chiaro nella legge nostra che ammette il diritto della desistenza in ogni caso di querela privata, laddove in Francia non si accorda che nelle cause di adulterio, onde ai lodati scrittori si presenta come una eccezione della eccezione, e piuttosto come argomento ad avvalorare la teoria dell'azione pubblica che ad infirmarla.

(*a*) Mangin, Tratt. n. 139; Helie, n. 1010 e segg. Helie e Chauveau *Comment. de comment. Théorie du Code pénal*, n. 2861 e segg.
(*b*) *Quest. de droit*, v° *Adultère*, § 6.

Difatti le diverse considerazioni che si fanno, e sugli appelli, e sulla importanza della *parte civile*, ecc., appartengono all'esercizio e non all'azione medesima. Distinzione che non si avrebbe motivo di invocare rapporto ai reati d'azione pubblica, in cui l'atto primo del pubblico Ministero e gli atti successivi, le istanze, le requisitorie, le rappresentanze qualunque siano, in effetto si ricongiungono, apparendo questi ultimi atti come esplicazioni del primo. Ma distinzione che deve qui farsi necessariamente.

E dico deve farsi necessariamente per distinguere due fatti giudiziarii inconfondibili, e rilevarne la essenza. La legge ha distribuito le parti; al querelante chiedere il processo ossia spettare il diritto di inchiesta; al pubblico Ministero assumere il processo e regolarlo; all'istruttore il compilarlo; al giudice il deciderlo. Sono tutte funzioni indipendenti. L'azione privata intanto risiede sostanzialmente nel privato, risiede cioè la causa *efficiente del processo*. Che il privato offeso non possa pur anco intendere ai mezzi coi quali un'azione una volta spiegata si svolge per raggiungere il proprio fine, che tutto questo sia affidato al pubblico Ministero, dipende dall'applicazione di un altro principio, perchè dalle cause penali non può mai eliminarsi quell'interesse superiore del bene generale, e quel diritto di suprema guarentigia che appartiene a qualunque imputato; alla tutela dei quali diritti non si trova bastante l'opera del processante e del giudice.

Onde si scorge come, senz'ammettere la contraddizione che l'azione privata sia nello stesso tempo azione pubblica (*a*), il pubblico Ministero sia libero persino nel proporla e nel sostenerla, entrando anche questo nella facoltà di estrinsecare l'azione; e si spiega perchè senza costituzione di parte civile il pubblico Ministero possa agire, ciò essendo proprio delle sue funzioni. Si spiega come l'appello e il ricorso della parte querelante non sia ammissibile senza il concorso del pubblico uffiziale che lo sostenga; mentre l'azione privata del reato non ha che due modi di manifestazione: chiedere il processo; e por termine al processo colla sua desistenza. E in questi due atti la facoltà dell'azione privata si consuma; eppure in ciò è così spiccato il concetto della libertà individuale ed ha un posto sì importante nell'ordine scientifico e razionale che ben merita di non essere gettato a fascio con altre idee e andarvi confuso.

(*a*) Quindi dove il Codice dice l'azione penale *è essenzialmente pubblica* s'intende quanto all'esercizio.

Ora riassumendo il tema che riguarda l'azione del pubblico Ministero contro il complice dell'adulterio non denunciato dal coniuge querelante, non è vero e non sussiste che il pubblico Ministero agisca contro di lui *per una propria e intrinseca facoltà derivante dal dominio dell'azione*, ma la facoltà gli deriva dalla implicita denuncia dello stesso coniuge. Se così non fosse, la desistenza del coniuge dovrebbe ritenersi inutile rispetto al complice del quale si sarebbe già impadronito il pubblico Ministero per una facoltà ed una giurisdizione sua propria. Eppure la desistenza opera anche a favore del complice. *La remissione che il coniuge fa all'altro coniuge prima della condanna, giova di diritto anche al complice* (art. 487, Codice penale) (*a*).

Vero è che da questa stessa disposizione risulta che *dopo la condanna* la pena del complice non è più evitabile e la *remissione* non è per giovargli. Al fine per altro del precedente n. 1° di questo §, si è rilevata la nuova situazione giuridica formata da una sentenza di condanna.

295. Pronunciata la sentenza di condanna il reato giuridicamente esiste. Al diritto si deve una riparazione, o sia questa una pena, una espiazione, o una ricostituzione delle condizioni per le quali il diritto esisteva prima del reato. Per un *gius* al tutto *singulare*, e specialissimo, la legge trova soddisfacente questo ultimo rimedio: ma è chiaro che il complice non è nella posizione giuridica dei coniugi che appagano la morale e la coscienza pubblica colla loro riconciliazione; per il complice non sarebbe che la impunità e gratuita offesa della cosa giudicata (*b*).

(*a*) Tutto l'art. 487, è così concepito. « Nel caso che un coniuge sia convinto di adulterio o di concubinato, può l'altro coniuge impedirne la condanna col desistere dalla querela; può altresì far cessare gli effetti della condanna purchè acconsenta di tornare a convivere col coniuge stato condannato. La remissione che il coniuge fa all'altro coniuge prima della condanna, giova di diritto anche al complice ».

(*b*) La giurisprudenza e dottrina francese, non è sempre andata d'accordo sui risultati, oscillando anche qualche volta sui principii. Una opinione autorevole, benchè appartenga ad un periodo arretrato, *faceva un vero obbligo al marito* di denunciare anche il complice. Nouveau Denisart, tomo 1° pag. 285; MANGIN, *Trait.*, n. 139, o piuttosto in quella compilazione si avvisa lo stato della giurisprudenza francese di quel tempo. Quanto al *diritto dell'azione* dev'essere mentovato come una splendida singolarità la opinione del Merlin di cui mi piace riportare le parole. Esso distingue *l'azione, dall'esercizio dell'azione* e dice. « A

III.

*Se l'azione d'adulterio si estingue colla morte del marito.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 78).

296. Nel commento all'art. 336 del Codice penale francese avvisa Carnot che accadendo la morte del marito avanti il giudizio definitivo, cessa l'azione di adulterio da lui medesimo intentata, pel motivo già riferito nel Compendio al numero indicato.

Non posso convenire, benchè anche questa volta io riconosca le nobili tendenze dello scrittore di far progredire nella via della libertà la poco suscettibile legislazione penale francese. L'azione d'adulterio una volta spiegata non può avere che uno di questi due termini; la desistenza o la sentenza. Che il coniuge avesse animo di desistere quando sino alla morte ha persistito nell'accusa, è un discorso viziato di contraddizione. D'altra parte la *desistenza tacita* è fuori della legge. La teoria di Carnot condurrebbe a quella del mandato. Farebbe supporre che il dolente avesse fatto una specie di procura al pubblico Ministero, nel quale la facoltà fosse spirata colla morte del mandante. Ma niun rapporto di questa natura esiste fra il querelante e il pubblico Ministero, il quale agisce per una giurisdizione sua propria quantunque abbia bisogno di essere eccitata come quella del giudice.

la verité *le principe de l'action à la quelle donne lieu l'adultère de la femme*, RÉSIDE EXCLUSIVEMENT DANS LA PERSONNE DU MARI, *et que ce n'est que de lui qu'elle peut émaner; mais il n'est pas necessaire qu'elle soit exercée par lui;* qu'il suffit qu'il la met en mouvement par une dénunciation, et qu'alors rentre naturellement dans les attributions du Ministère public ». (*Quest. du droit*, V. *adultère*). Benchè questa ultima formula non sarebbe per noi adottata, siamo però così a costa quanto al concetto, che ben possiamo vantarci che quel dottissimo uomo è dei nostri.

Intorno agli effetti della desistenza rapporto al complice, che giovasse anche a lui fu più volte deciso (*Cassat.*, Arr. 17 agosto 1827. Liv. 28, 24; 7 agosto 1823. Bruxelles, Arr. 24 *janv.* 1838), e ritenuto dagli scrittori (MANGIN, LEGRAVEREND, HELIE, ecc.).

Quanto al diritto dell'appello, se e per quali effetti appartenga al querelante marito, Merlin si spinse in vero troppo avanti, insegnando che il marito *può appellare per la pena*, e che l'appello di lui non ha bisogno dell'appoggio del pubblico Ministero (1° d°). Ma qualche decisione c'è in questo senso (*Cass.*, Arr. 3 settembre 1831). È una opinione ora del tutto abbandonata; sarebbe poi insostenibile secondo le prescrizioni del nostro Codice.

## § LXII. — *Del ratto con effetto di matrimonio.*

(Mangin, *Compendio*, n. 80, 81, 82).

297. L'art. 387 del Codice penale francese è così espresso. « Dans le cas, où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, *ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage a été prononcée.*

L'art. 498 del Codice italiano dice: « ove il rapitore avesse sposata la donna rapita, non si potrà procedere contro di lui se non ad istanza delle persone, *il consenso delle quali sarà necessario per contrarre il matrimonio* ».

L'effetto della querela, la condanna cioè del rapitore, nel sistema francese è evidentemente subordinato alla pronunciata nullità del matrimonio. Pare quindi si debba dar ragione a Mangin; secondo lui per querela non si può intendere *fuorchè la domanda di nullità che* saranno per fare i parenti o coloro che hanno tale facoltà dalla legge.

Bisogna convenire che la redazione francese è molto infelice. E in vero bastava dire: il rapitore che ha sposata la rapita, non potrà essere soggetto a pena che dopo pronunciata la nullità del matrimonio.

La ragione per altro del nostro autore non è che apparente, io credo; e stimo invece, senza per altro volere insistere nella mia opinione, che la querela di cui parla l'articolo sia una vera querela; nè mai possa di proprio ufficio il pubblico Ministero assumere il giudizio penale quand'anche il matrimonio fosse stato annullato (*a*).

A tale interpretazione conducono pure le parole dell'articolo quantunque di colore oscuro. Ma noi sentiamo ancora la prevalenza dei diversi nostri principii: quell'esimio scrittore vede sempre e dapertutto il fantasma minaccioso dell'azione pubblica, e noi siamo sempre disposti di concedere all'azione pubblica il meno che sia possibile. Un fatto però del quale quella legge eziandio faceva grandissimo conto, si è il matrimonio durante il quale non era dato ad alcuno, neppure ai parenti più interessati, muover querela. Annullato il matrimonio, lo stato delle cose era senza dubbio sostanzialmente cangiato;

(*a*) Questa è difatti la opinione di Legraverend.

e quanto ai rapporti civili, nuove conseguenze giuridiche dovevano apparire da tutti i lati. Non per questo la *salus publica* era minacciata da un fatto già divenuto ormai antico; da un fatto che aveva ottenuto una riparazione se non altro intenzionale e che per un tratto almeno soddisfece la coscienza pubblica che se ne passò tranquilla; per un fatto finalmente dal cui processo non si poteva promettere che nuovi scandali e vergogne. Non corriamo alle mal trattenute vendette fiscali: la querela di coloro che fecero annullare il matrimonio, o che *avrebbero avuto azione per farlo annullare*, a mio avviso, era necessaria (a).

298. Veniamo per un momento alla nostra legge.

Secondo questa sapiente redazione, le persone, *il consenso delle quali è necessario a contrarre il matrimonio*, sono le sole investite del diritto della querela. Così è determinato quel vago ed incerto proposto dell'articolo francese, e ci riduciamo a quelle assai poche dell'art. 106 del Codice civile. Potrà bene osservarsi che molteplici sono le cause di nullità di un matrimonio, e che non può attribuirsi a quest'articolo, qui posto agli effetti penali, la volontà di escludere ogni altra causa di nullità che non sia quella procedente dal difetto di consenso delle persone che hanno questo diritto. È aperto tuttavia che in ogni caso le sole persone indicate in questo articolo potranno istituire la querela criminale; tal è l'economia e il rigore di questa legge.

Si scorge per altro non esser necessaria la condizione *che il matrimonio sia già stato annullato*; la condizione è invece questa, che i querelanti abbiano la qualità voluta dall'art. 498, il cui consenso dev'essere richiesto a forma della legge civile, e non sia stato richiesto nè dato. L'ammissione di tale querela implica la nullità del matrimonio, ma in effetto non si pronuncia, non potendosi pronunciare che dalla giurisdizione civile. È tuttavia molto saggio non far dipendere il diritto della querela dall'annullamento del matrimonio che incontra sempre difficoltà, e obbliga a querele tardive, a processi per cui col tempo si smarriscono le prove, e appunto perchè tardive, sempre male accolte dalla pubblica opinione.

(a) In questo mi divido dal sistema di Legraverend che non accorda il diritto della querela che a quelli che hanno fatto annullare il matrimonio. Ma l'articolo è più estensivo, parla di quelli che hanno *diritto di domandare*, ecc., d'altronde anche questi possono essere cointeressati nelle conseguenze utili dell'annullamento.

Era conseguenza del sistema francese che la questione della nullità del matrimonio si presentasse come *questione pregiudiziale*, e ciò osserva giustamente l'autore (*del Tratt.* n. 147); nel nostro sistema non è così. Se il querelante sia di quelle persone il cui consenso dev'essere richiesto per contrarre validamente il matrimonio, il padre o altro degli ascendenti o tutore in luogo del padre, è facile a vedersi e non occorre formale giudizio del magistrato civile; onde il cómpito di questo processo è grandemente semplificato (*a*).

(*a*) Non parliamo di altri reati di privata azione, restando qui esaurite le questioni relative che presentano un vero interesse.

# CAPO VIII.

## Del diritto di autorizzazione. — Introduzione.

—

### § LXIII. — *Proemio.*

**299.** Un'altra parola ancora sulla confusione che di queste materie si fa dagli scrittori francesi.

Per essi il diritto della querela non è che una causa *di sospensione dell'azione pubblica.* A questa idea essi rassegnano una moltitudine di fatti giuridici disparati e diversi, per cui una gran parte dei loro trattati è dominata da tale rubrica, come ognuno può vedere in Mangin ed in Faustin Helie. Osservazione da valutare ben poco, e che poi non meriterebbe la pena di essere ripetuta se appunto non contenesse una idea, o, più esattamente, la negazione di una idea fondamentale. L'azione privata del reato, esiste per sè, è un diritto sostanziale; una formula della libertà individuale, in quanto agisce contro un individuo colpevole e potrebbe non agire: è la querela. Ragioni possenti sottraggono questo fatto al diritto pubblico e generale; ragioni ravvivate pur anco dai grandi principii d'ordine sociale, ma formandosene pur sempre un concetto distinto dall'azione pubblica.

Il *diritto di querela* non è il diritto di *autorizzazione.* Anche queste idee si confondono dagli autori francesi che le trattano alla mescolata sotto la ridetta epigrafe. La querela è una manifestazione del diritto individuale e privato; l'*autorizzazione* è facoltà di corpo e tiene all'ordine pubblico.

Se le nostre vedute partono da punti così diversi, non si può tenere lo stesso metodo dei francesi: per noi il *metodo*, anche senza attribuirvi in queste materie giuridiche la immensa importanza che Cartesio vi diede, per noi il metodo è la logica.

## § LXIV. — *Duplice scopo dell'autorizzazione.*

300. L'autorizzazione è il consenso che presta la persona offesa, per titoli morali o politici ragguardevole; ovvero, il consenso che per ragioni superiori presta un corpo morale, o politico, a cui in qualche modo appartiene, o da cui dipende l'individuo imputato, affinchè sia fatto lecito al magistrato dell'azione pubblica di provocare il giudizio penale.

Vedete adunque due intendimenti ben distinti dell'autorizzazione. Il primo concerne la parte offesa; il secondo riguarda la parte imputata, o sospettata colpevole. Il primo potrebbe dirsi una ampliazione di quella libertà individuale dell'offeso, sopra e a lungo considerata, se elementi diversi non concorressero a doverne formare un altro criterio. Il secondo ha un carattere di men benigna natura e suscita apprensioni in coloro che amano la libertà dei giudizii; e può nascondere sotto specie d'ordine e di bene pubblico, la protezione e il privilegio.

Sono fatti della prima categoria quelli che per primi verremo trascorrendo, relativi alle offese dei corpi parlamentari, dei sovrani esteri, dei corpi giudiziarii, ecc., e sono da rassegnarsi alla seconda quelli che riguardano i procedimenti penali contro i ministri, deputati, agenti del governo, ecc.

Così si disegna il duplice aspetto dell'autorizzazione:

1° In quanto è relativa alla persona offesa.

2° In quanto è relativa alla persona o funzioni della persona imputata.

## PARTE I.

### § LXV. — *Fondamento dell'autorizzazione relativa alla persona offesa.*

301. In tale facoltà si ravvisa primieramente un concetto negativo. Il diritto non reclama in modo assoluto il sindacato legale del reato. Bisogna aver presente che l'autorizzazione di cui qui si parla, non è preordinata che a determinati reati, ciò sono le diffamazioni e le ingiurie contro la persona, in ordine ai quali l'alienabilità è così naturale che, trattandosi d'ingiurie contro individui, l'azione è del tutto abbandonata all'arbitrio della parte. In tutti questi casi la parte è giudice della propria offesa; può calcolare quanto gli torni provocare un procedimento, e quai frutti sarà per raccogliere dalla stessa vittoria.

Se non che quando la offesa è rivolta contro corpi morali d'alto grado, o contro i rappresentanti di quegli Stati coi quali viviamo in politica amicizia, lo Stato medesimo ne partecipa, e un interesse d'indole più generale sorge in contemplazione dei rapporti che la inviolabilità di quelle persone ha col bene pubblico. Egli è perciò che si crederebbe con ragione di attenuare la entità politica di simili delitti escludendoli dalla categoria di quelli contro i quali si procede con azione pubblica. Nasce da ciò che il diritto di autorizzazione è una *vera condizione* dell'azione pubblica.

302. A vieppiù determinare la qualità del reato e la speciale sua forma, è principalmente osservabile che non ogni ingiuria, non ogni offesa alla Camera dei deputati, ai tribunali, ecc., viene in questa classe; ma quelle diffamazioni ed ingiurie soltanto che si fanno *col mezzo della stampa* (art. 56 della legge del 1848).

Di che la ingiuria s'impronta di un carattere più deciso, riceve una pubblicità scandalosa, e si appalesa senza equivoco diretta al corpo morale o alla persona augusta, scopo ed oggetto della offesa.

303. Nella libertà della persona offesa, nei giusti diritti che le appartengono di tutelare la propria dignità, è fondato il diritto della autorizzazione.

## § LXVI. — *Delle offese contro il Senato e la Camera dei deputati.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 84).

304. Non può istituirsi il processo senza l'adesione formale di amendue le Camere o della Camera che fu oggetto della offesa; la nostra legge si esprime così: « L'azione penale per i reati contemplati in questo editto sarà esercitata d'uffizio (*a*) colle avvertenze seguenti. Nei casi d'offesa verso il Senato o la Camera dei deputati, l'azione penale non sarà esercitata se non precede l'autorizzazione del corpo contro cui fosse diretta la offesa ». *Art.* 56 *della legge* 26 *marzo* 1848.

305. Abbiamo già avvertito poco avanti che questo istituto è favorevole alla libertà. La legge francese v'introdusse una riserva invece che la rivolge in istrumento d'ingiustizia e d'oppressione (*b*).

Indarno si aspetta dagli scrittori *de l'action publique* una libera parola che condanni siffatte istituzioni ed auguri loro un migliore avvenire. Passano avanti perchè non se ne accorgono.

Nulla di più odioso e dannando nei rispetti del diritto che quell'attribuzione di giudicare la parte offesa il proprio offensore sia pure questo giudice offeso una grande e potente assemblea; e peggio ancora perchè grande e potente. Vi ha un dispregio di ogni pudore in quella disposizione che sembra inconcepibile. Se talvolta si ricorre alle parole per velare un concetto ingiusto, è una ipocrisia: ma è già stato detto che la ipocrisia è un indiretto omaggio alla virtù. Neppur questo; la *Chambre offensé* è il giudice: s'intende, in ragione non della dignità ma della offesa.

306. Si disputa (MANGIN, *Trait.* n. 149; HELIE, n. 1063), se siano in questa condizione le offese dirette contro la *Camera non più*

(*a*) Onde si conferma la nostra teoria; che distingue quest'*azione pubblica* dalla privata sopra considerata, intorno alla quale mai non si legge che *sarà esercitata d'uffizio.*

(*b*) Ecco il testo: « Dans les cas d offense envers les Chambres ou l'une d'elles par l'un des moyens énoncés en la loi du 17 mai 1819, la Chambre offensée, sur la simple reclamation d'un de ses membres, pourra, *si mieux elle n'aime autoriser les poursuites par la voie ordinaire, ordonner que le prévenu sera traduit à sa barre.* L. 25 mars 1822, art. 35.

*esistente* (dissoute). Il primo, non si sa perchè lasciala indecisa: il secondo scioglie il problema distinguendo in quanto la ingiuria ferisca la *stessa istituzione* o i membri della Camera; e solo nel primo caso ammette la solidarietà delle due Camere che si succedono.

Un corpo politico, essenziale alla costituzione dello Stato, non muore mai. La Camera dei deputati si trasforma nei suoi membri, ecco tutto; sciolta, non rivive; ma sciolta, ciò che s'intende sempre nel rapporto della forma, si ricostituisce e continua le sue funzioni politiche. Una legislatura è diversa da un'altra legislatura, è vero; una Camera non eredita dall'altra, può non continuarne le tradizioni, può ripudiarle, ma la istituzione è indivisibile ed una. In questa larga veduta si presenta la questione.

Per altro la offesa può avere un vario indirizzo; può voler colpire la istituzione come tale, e allora cessa ogni dubbio; o batte la Camera per le sue opinioni, per le sue decisioni, quella Camera che è composta così e così, collo scopo anzi che sia disciolta, violentemente, se occorre, per costituirne una migliore (*a*). Meno che mai allora potrebbe dirsi che la nuova Camera rappresenti o continui l'antica; e forse ne rappresenta la condanna. Contuttociò sarebbe errore dire che l'affare o deve cadere come non fosse stato e non dar luogo a verun processo, ovvero essere divenuto competenza dei tribunali il risolvere se la Camera defunta fu veramente segno e termine di una offesa. Gli scrittori della materia riferiscono una sentenza della Cassazione francese che decide questo punto con osservazioni incriticabili (7 dicembre 1827), e conclude non essere tale cognizione di competenza dei tribunali. Se intanto la Camera è disciolta, se ne occuperà la nuova. Concorde o no nella politica, sentirà che non si deve ossequio alla Camera per la qualità delle sue opinioni ma per se stessa, nella sua dignità di gran corpo politico. Sentirà che nella mutabile onda delle opinioni, ciò che si permette ad una si permette a tutte; e che essa medesima potrà essere esposta al furore di un partito contrario. Havvi una vera solidarietà in tutte le magistrature che si succedono, nella difesa del proprio Stato sotto la tutela dell'ordine che garantisce tutte le dignità e tutti i poteri.

E se la Camera nuova non fu veramente offesa; poniamo ancora,

(*a*) È palese che se la lesione andasse a cadere su *qualche membro della Camera*, e non sul corpo, non si tratterebbe più di applicare questa legge.

se fu preconizzata in quelle invettive che assalirono la Camera passata, quanto non sarà maggiore l'autorità del suo giudizio che deve innalzarzi al di sopra delle meschine considerazioni dell'amor proprio! (a).

## § LXVII. — *Delle offese contro i magistrati, tribunali, o altri corpi costituiti.*

307. « Nel caso di offesa contro i magistrati, tribunali o altri corpi costituiti, l'azione penale non verrà esercitata che dopo deliberazione presa dai corpi medesimi in adunanza generale » art. 56 della citata legge del 1848.

Questa disposizione corrisponde esattamente all'art. 4° della legge francese del 26 maggio 1819.

## § LXVIII. — *Appendice al § precedente. Delle scritture ingiuriose prodotte avanti i tribunali.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 87).

308. Art. 580 del Codice penale.

« Non ha luogo l'azione penale qualora si tratti d'imputazioni o di ingiurie contenute nelle aringhe e negli scritti o nelle stampe prodotte in giudizio, e relative alla contestazione sia in materia civile che in materia penale.

« Potranno però i giudici, pronunciando nel merito della causa, dichiarare ingiuriose le aringhe, ordinare la soppressione degli scritti o stampe ingiuriose e condannare il colpevole ai danni.

« Potranno inoltre applicarsi all'avvocato e causidico, colpevole di tali imputazioni o ingiurie, i provvedimenti disciplinari indicati nell'art. 621 del Codice di procedura penale; osservate le norme stabilite dagli articoli 622, 623 dello stesso Codice ».

Questa legge riproduce la disposizione dell'art. 23 della legge fran-

(a) Se la Camera non fosse sciolta per non ricostituirsi, ma sospesa in forza della costituzione, in tempo di pieni poteri, allora soltanto la condizione dovrebbe aversi impossibile, e avrebbe luogo il giudizio.

cese del 17 maggio 1819, modificandola in quella parte in cui i tribunali dovevano *espressamente riservare* le azioni o criminali o civili che le parti avrebbero potuto esercitare relativamente a quei fatti diffamanti che fossero estranei alla contestata controversia (*a*).

Il commento che fa il Mangin a questo articolo è compiuto e diffuso (numeri 152, 153, 154, 155, 156 del *Tratt.*) e poc'altro vi si potrebbe aggiungere se non meritasse qualche osservazione il divario della legge nostra.

In ordine all'oggetto, e sotto il rapporto delle facoltà repressive del giudice civile, unico e identico è il concetto che si riassume in questo, il diritto della difesa permette il dir male dell'avversario, *si causa desiderat*. Le ingiurie non si permettono, ma secondo il grado della ingiuria, e secondo che sono più o meno scusate dall'interesse della causa, possono reprimersi dal giudice civile con pene così graduate; 1° soppressione degli scritti o stampe ingiuriose; 2° condanna ai danni; 3° applicazione dei provvedimenti disciplinari all'avvocato o causidico colpevole delle imputazioni od ingiurie (*b*).

309. Ma non è lecito coprirsi di una scrittura legale per maledire con tutta libertà una persona e scagliare improperii d'ogni maniera. Se l'affetto e l'interesse della causa non fecero velo all'intelletto dell'ingiuriante, il giudizio penale ordinario lo aspetta, e forse il luogo e l'occasione aggraveranno la sua colpa. La legge francese, in questo diversa dalla nostra, voleva per condizione del processo *una riserva* espressa del giudice civile. Esaminando il contenuto e lo spirito di quello istituto, il Mangin osservò giustamente, che *la riserva* era una dichiarazione del farsi luogo all'azione criminale, e l'estraneità della ingiuria erano semplicemente il motivo. Si faceva dunque la riserva

(*a*) « Pourront tutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause, donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, *lorsqu'elle leur aura été réservée par les tribunaux*, et dans tous les *cas*, *à l'action civile des tiers* ». Con questo periodo termina il citato art. 23. La redazione di questo articolo fu trovata imperfetta e suscitò qualche difficoltà presso gl'interpreti, non però tali che tutti non s'intendessero nel senso ch'esso contiene.

(*b*) *Imputazioni od ingiurie*, non è ben detto. L'imputazione può non essere ingiuria, e *l'imputato* in giudizio non è *ingiuriato*; ciò per amore di proprietà tanto raccomandabile nel linguaggio delle leggi.

e come apprezzamento di una vera e propria ingiuria punibile, e come facoltizzazione della parte ingiuriata a procedere criminalmente. Si ritenne ancora e fu deciso (*Cassat.* 6 febbraio 1829) che il giudice, qualificando la ingiuria, doveva descrivere e bene specificare le espressioni incriminate.

310. È forse diverso nella sostanza il nostro sistema? Secondo il sistema francese il giudice civile è investito della facoltà di rendere giudizio delle parole frasi e forme attaccate come ingiuriose ed offensive se furono insinuate in atti prodotti in causa, o proferite dagli avvocati e causidici nelle aringhe verbali: è una materia che al pari di ogni altra che è raccolta in quelle carte, è della cognizione del giudice civile. Laonde la causa civile formerebbe un vero ostacolo e sarebbe pregiudiziale all'azione penale che intanto volesse spiegarsi dalla parte offesa con una querela. Intorno a questo punto non ho ragione di credere che la nostra legge abbia avuta una intenzione diversa. Ma la nostra legge non ha adottata la riserva. A quale scopo? È importante esaminarlo.

Evidentemente, secondo il sistema francese, dopo le censure disciplinari che il tribunale poteva applicare, era possibile il giudizio criminale. Se lo stesso tribunale, riconoscendo che le ingiurie non tenevano una certa relazione colla disputa civile, ed erano gravi e degne di pena criminale o correzionale, veniva colla sua riserva a dichiarare che poteva esercitarsi l'azione penale. In tal guisa non era libero al preteso ingiuriato di convolare in qualunque tempo e modo all'azione penale; ma dipendeva dagli apprezzamenti del giudice civile e dalla riserva che ne avrebbe fatta. Con che la legge intendeva di rendere meno sdrucciola la via per cui si va al giudizio penale, a mantenere più che si potesse in mano al giudice civile la giurisdizione, e a limitare l'arbitrio dello stesso magistrato penale. Dalle quali cautele traspare una certa ripugnanza di tradurre in un soggetto penale quegli elementi accidentali di un processo civile.

Avrebbe il nostro Codice diminuiti i poteri del giudice civile per aumentare quelli del giudice penale? Voglio dire, non accordando al giudice civile quella facoltà di apprezzare la ingiuria onde rilevare se fosse tale da autorizzare la parte offesa a procedere criminalmente, ha forse permesso alla parte che si pretende offesa di trasportare il suo piato liberamente e semprechè le giovi, al giudizio penale, ac-

cordando così di diritto o indipendentemente da qualunque pronunzia del giudice civile l'azione penale? (a).

Io avviso al contrario che per fatti di questa maniera, purchè si verifichino nei termini e nelle condizioni dell'art. 580, l'azione penale non sia punto concessa.

In quella disposizione compresa in un solo art., ma piena e perfetta, io trovo uno istituto singolaro, *sui generis*, proprio di una situazione giuridica eccezionale, divisa e distinta dal concetto generale della legislazione penale. La facoltà di giudicare delle forme ingiuriose che s'introducono negli atti di una causa e di reprimerle con convenienti ingiunzioni penali, si ravvisa come un naturale portato, un attributo e un complemento della stessa giurisdizione investita della causa. Il decoro del magistrato giudicante, la cognizione ch'esso ha della materia e di tutte le attinenze, lo esigono.

Ogni disposizione penale adunque relativa *alle imputazioni o ingiurie contenute nelle aringhe, negli scritti e nelle stampe prodotte in giudizio e relative alla contestazione* è compresa nell'art. 580 del Codice penale.

E questo, secondo io penso, è il significato sommamente riflessibile della soppressione di quella clausola che riservava al giudice la facoltà di aprire all'ingiuriato il processo criminale. Vi è qualche cosa in questo che favorisce la libertà delle discussioni senza permetterne gli eccessi; ed un certo rispetto all'onorevole ed eminentemente sociale ordine degli avvocati, e al ministero della difesa, portandosi opinione che non sarà per abusare, almeno troppo frequentemente, di un ufficio indispensabile e sacro. La opinione dei futuri pericoli è certamente una delle grandi norme, se non la principale, della penalità; per cui la civiltà progrediente ne modifica i rigori, e la esperienza consiglia più moderate applicazioni. L'educazione del foro è progredita; noi abbiamo continuo esempio di giureconsulti valentissimi gareggianti di zelo, di dottrina e di civiltà; e mi è grato di fare in queste carte testimonianza al ceto illustre al quale per tanti anni io ebbi l'onore di appartenere.

Ben può venire in conferma delle mie parole la rarissima applicazione di quella legge. E osservando la disposizione in se stessa, le

(a) Ciò s'intende anche nel giudice penale che ha la stessa facoltà coercitiva del giudice civile come attributo della giurisdizione di cui è investito,

diffidenze francesi furono troppe. Se un difensore avrà prurito di sfogare la sua bile nelle carte giudiziali, e da quella rocca ferire e guastare la gente onesta che non ci ha che fare, sarà a suo mal costo, e potrà subire le pene relativamente non lievi dell'art. 621 della procedura penale (a). Spingere più oltre il rigore e farne argomento di processi criminali, sarebbe esagerazione. L'art. 621 aggiunge, *salvo a procedere nella forma ordinaria se le mancanze costituiscono un reato speciale.* I reati degli avvocati e causidici sono contemplati dal Codice penale (tit. II, capo IV); e a ciò appella con quella clausola l'articolo stesso (b). La parte disciplinare che li riguarda non disarmonizza con verun'altra della legge penale.

## § LXIX. — *Delle offese contro i sovrani e i capi dei governi esteri* (c).

(Mangin, *Compendio*, n. 85).

311. L'azione mantiene il suo carattere pubblico; e la *richiesta* è semplicemente l'autorizzazione a procedere.

Il rispetto della *convenienza* non è che il rispetto della libertà del diritto, ed è esso stesso un principio di diritto che modifica altri principii e ne costituisce uno proprio.

Le severe esigenze del diritto pubblico penale si trovano perciò limitate dominando l'elemento della personalità, ossia della libertà individuale in questo genere di offese.

La nostra legge ha portato più avanti questo diritto della convenienza personale, trattandosi *di sovrani e capi di governi esteri.*

(a) Al quale si riporta l'art. 580 del Codice penale.

(b) L'art. 521 della procedura penale, ha una portata maggiore dell'art. 580 del Codice penale. Ivi son fatti e non parole. E sebbene nell'*alinea* si rilevino le mancanze *di rispetto dovuto alla dignità dei giudici*, l'insieme di quella determinazione comprende più gravi colpe, e genericamente tutte quelle *onde si rendessero riprensibili nell'esercizio del loro ministero*, quindi è che la riserva sopra trascritta, complemento di questo articolo non ha veruna attinenza coll'articolo 580 del Cod. pen. (V. nello stesso senso gli art. 635 e 636 dell'attuale).

(c) « Nei casi di offesa contro i sovrani e i capi dei governi esteri, l'azione penale non verrà esercitata che in seguito ed a richiesta per parte dei sovrani e dei capi degli stessi governi ». (Art. 56 al. 2 della legge sulla stampa).

312. Quindi ha stanziato. « Per esercitare l'azione penale pei reati previsti dall'art. 25 dell'editto 26 marzo 1848, non meno che per qualunque procedimento relativo, basterà al pubblico Ministero di dichiarare la esistenza della richiesta menzionata nel 2 alin. dell'articolo 56 di detto editto, senza esser tenuto ad esibirla ». Legge 26 febbraio 1852.

Si è voluto esimere dal sindacato, spesso indiscreto, delle parti interessate, l'*atto di richiesta*, predisposto dalla legge del 48. Nè in ciò può vedersi la menoma lesione ai diritti della difesa. La forma di una querela, di una inchiesta giudiziale, è di quelle sulle quali la legge civile può esercitare il suo arbitrio, regolato dalla prudenza, anche in un particolare rispetto delle condizioni delle stesse parti querelanti o postulanti. La querela, lo abbiamo già detto, e *la richiesta*, è trovata in contemplazione della individuale libertà dell'offeso; e intorno a quest'ordine d'idee aggirandosi il legislatore, può impartire facoltà moderate dalle circostanze senza compromettere un'altra libertà, ancora più preziosa, quella dell'imputato. Quale diritto naturale della difesa sarebbe violato? Per certo, nessuno. La legge poteva creare un'azione pubblica *incondizionata* per tutte le offese considerate nell'art. 56, nè l'imputato avrebbe potuto razionalmente dolersi come di un limite posto ai suoi mezzi di difesa. La condizione sospensiva dell'azione pubblica ridondava a vantaggio dell'offensore.

Poco importa adunque se la difesa non può fare soggetto del suo esame la forma dell'atto di richiesta del sovrano o capo del governo estero; perchè veramente non vi è forma specifica nè per questa nè per l'autorizzazione del Parlamento o dei tribunali. Essa esiste. Il pubblico Ministero lo attesta; esso, organo del governo nell'amministrativo-giudiziario, del governo che riceve tali comunicazioni dall'ambasciadore o incaricato d'affari della potenza amica. Al pubblico Ministero si deve credere: ecco tutto.

313. Queste osservazioni mi suggerisce la esperienza, essendosi tali eccezioni sollevate in una causa che versava precisamente su questa materia, e nella quale io fui giudice avendo l'onore di sedere nella Corte suprema di Firenze. Altre questioni pure si posero in quella causa, delle quali darò un cenno nell'interesse della teoria.

La decisione fu proferita nel 1° ottobre 1864, sopra ricorso del pub-

blico Ministero. Per ingiurie che si dicevano contenute in un articolo della *Nazione*, giornale di Firenze, contro l'imperatore di Russia, trattando la causa dei Polacchi che in quel tempo era il tema principale del giornalismo, fu chiamato in giudizio il gerente responsabile, che però si sciolse a buon mercato avanti il tribunale del merito, opponendo la illegittimità o inefficacia della querela. La Corte di cassazione, annullando il decreto contro il quale portò ricorso il pubblico Ministero, stanziò; 1° non potere l'imputato oppugnare la forma dell'atto di querela, che nella legge del 27 febbraio 1852, chiamasi *richiesta*, tostochè quanto alla sua esistenza doveva prestarsi intera fede all'asserzione del pubblico Ministero (*a*); 2° che gli atti e le requisitorie onde si promuove l'azione, non essendo la stessa *querela o richiesta*, non possono fornire argomenti di censura ad impugnare la legittimità della rappresentanza del principe o governo che si pretende offeso; e così fu evitata la questione che vigorosamente sostenevano i difensori dell'imputato, non potere l'ordinario ambasciatore del principe offeso interporre la querela, versando il suo mandato negli affari di Stato e nella politica, e richiedersi un mandato speciale in un caso come questo di offese personali. È la legge stessa che ha troncata una tale questione. Di mezzo a tutto questo sorgeva una disputa di merito, che giustamente fu rinviata alla sede opportuna. La Corte, come si vede nella decisione, non fece in proposito, come non doveva, manifestazione alcuna; ma lo scrittore dice francamente che la distinzione non è ammissibile; che in qualunque guisa si offenda il sovrano estero, o nella sua vita privata o nella pubblica, si viola la legge che lo divieta; che fuori di proposito s'invoca la libertà politica guarentita dallo Statuto per biasimare gli atti del governo; che la questione di fatto della offesa o non offesa, è sempre un apprezzamento dei giudici del merito (*b*).

(*a*) Nè può dirsi con ciò menomato il diritto della difesa, mentre lo spirito di quell'istituto giuridico-politico, esiste nell'interesse della dignità dei principi e governi offesi, e torna eziandio in vantaggio dell'imputato, mentre per questo solo riflesso l'azione penale incontra un impedimento che potrebbe non incontrare secondo la sua propria natura.

(*b*) Sentenza della Cassazione di Firenze, relatore il chiarissimo presidente della sezione penale Rodriguez.

Considerando che la legge sarda del 26 marzo 1848, divenuta nel 30 giugno 1860 comune alle provincie toscane insieme con quella del 26 febbraio 1852,

## PARTE II.

—

### § LXX. — *Dell'autorizzazione passiva. Oggetto della istituzione.*

(MANCIN, *Compendio*, n. 123).

314. Nel § LXIII, fu avvertito il duplice e assai diverso fine dell'autorizzazione: il primo lato venne, per quanto importava, esaminato: succede il secondo.

stabilisce in massima e come principio generale, che l'azione penale per i reati che ivi si contemplano si esercita d'ufficio, salve le quattro eccezioni che nello stesso articolo sono, per modo di avvertenza, indicate.

Considerando che fra tali eccezioni meritano per la causa attuale speciale attenzione la seconda e la quarta. È detto nella seconda che, nel caso di offesa contro i sovrani o i capi dei governi esteri, l'azione penale non verrà esercitata che *in seguito a richiesta per parte dei sovrani* o *dei capi degli stessi governi.*

È detto nella quarta, che, nel caso di offesa contro persone rivestite in qualche modo dell'autorità pubblica, o contro gl'inviati od agenti diplomatici stranieri, accreditati presso il re o il governo, o contro privati, l'azione non verrà esercitata « ivi » *che in seguito alla querela sporta dalla persona che si reputa offesa.*

Considerando non potersi revocare in dubbio che, anteriormente alla pubblicazione della legge sarda del 26 febbraio 1852, il documento dal quale veniva a resultare la volontà del corpo morale o della persona offesa onde fosse proceduto per reato di stampa nei quattro casi preveduti in limitazione al principio generale di che nell'art. 56 della legge precedente del 26 marzo 1848, e così tanto l'autorizzazione del Senato o della Camera dei deputati, quanto la richiesta dei sovrani o dei capi dei governi esteri, non che la deliberazione presa dai magistrati, tribunali o altri corpi costituiti, e finalmente la querela dell'offeso; dovessero respettivamente andare uniti agli atti del procedimento, per modo che colui, contro il quale veniva dal pubblico Ministero promossa l'azione, avesse il diritto ed il modo di censurarli e di opporre la loro irregolarità o la loro inefficacia allo scopo avuto in mira dai richiedenti.

Considerando peraltro che una sostanziale modificazione indusse, in rapporto alla seconda eccezione, la precitata legge del 26 febbraio 1852, ove fu disposto nel modo che appresso « ivi ». Per esercitare l'azione penale nei reati previsti dall'art. 25 dell'editto del 26 marzo 1848, non meno che per qualunque procedimento relativo, basterà al pubblico Ministero *di dichiarare l'esistenza della*

È il lato precisamente opposto. In quello l'autorizzazione è una facoltà dell'offeso, nel secondo è un atto di guarentigia o di prote-

*richiesta menzionata nel secondo alinea dell'art.* 56 *di detto editto*, *senza esser tenuto di esibirla.*

Considerando che, ogniqualvolta, della richiesta che sopra, basti dichiarare la esistenza, e non abbia il pubblico Ministero anche l'obbligo di esibirla onde venga a formare parte degli atti della causa, ben s'intende, che questa richiesta non può essere eccezionata dal convenuto e censurata nella sua forma, non essendo possibile di eccezionare fondatamente un atto che al convenuto non sia dato il conoscere nel suo preciso tenore.

Considerando che il gerente responsabile del giornale, *La Nazione*, non può utilmente fondarsi sulla requisitoria del 17 ottobre 1863, ove è detto *esistere apposita istanza avanzata dal rappresentante il governo di Russia*, argomentando da queste parole che una tale istanza provenga unicamente dalla persona di detto rappresentante e non già direttamente dall'imperatore di Russia, o almeno da un legittimo di lui mandatario speciale; imperciocchè, non essendo dato il conoscere il tenore preciso della richiesta, non è questo che un mero supposto di chi vorrebbe eccezionarla nella sua forma, lo che non è permesso di fronte alla lettera della legge del 26 febbraio 1852 ed allo spirito che la informa.

Considerando infatti che, ai termini di detta legge, la richiesta non può nè deve intervenire se non che per la via diplomatica e dietro i rapporti internazionali intercedenti fra i due governi. — Il governo richiesto dà notizia col mezzo delle autorità giudiziarie superiori al pubblico Ministero locale, che la richiesta esiste, e ciò basta. — Il pubblico Ministero ne asserisce la esistenza nell'atto col quale esercita l'azione penale, e la persona contro cui l'azione penale è diretta non ha così potere di eccezionarla, perchè non gli è dato di conoscere il documento da cui resulta.

Considerando che invano nel giudizio incidentale, cui ha posto fine il denunziato decreto, vorrebbesi avanti questa Corte istituire dalla difesa della parte intimata la ricerca, se l'articolo del giornale incriminato offendesse l'imperatore di Russia, come rappresentante il suo impero, anzichè come privato, per trarne di poi la conseguenza che, se fosse stato offeso nella prima sua qualità, sarebbe permesso, senza cadere sotto la censura della legge, di portare il biasimo sugli atti governativi da lui emanati; mentre una tal distinzione di persona, quando in ipotesi fosse di ragione ammissibile, quando, cioè, fosse permesso di separare la persona pubblica dalla persona privata di un regnante, ciò tutto al più potrebbe giovare al gerente responsabile nel giudizio definitivo, in cui dovesse trattarsi e risolversi il merito della causa avente per subietto la esistenza dell'ingiuria, ma non mai gioverebbe alla parte intimata nell'incidente pregiudiciale da essa promosso avanti il tribunale ordinario sulla legittimità della richiesta, la quale, per le cose premesse, non potendo esibirsi negli atti, nemmeno può in verun modo essere censurata nella sua forma.

Per questi motivi, — Cassa, ecc.

zione, o che altro sia, che si spiega piuttosto a pro dell'offensore. Se anche nel primo caso la necessità dell'autorizzazione può considerarsi quale un ostacolo all'esercizio dell'azione pubblica, e indirettamente vantaggiosa all'imputato, ciò deriva per altro da un ordine di cose nel quale la condizione dell'imputato non è punto contemplata. Ora veniamo a vedere l'autorizzazione sotto un aspetto che può credersi un favore dell'imputato medesimo. Bisogna esaminare se lo sia, o se il favore personale non sia che apparente; se nel vero l'oggetto sia ben altro; e per quale ragione si giustifichi questa restrizione o particolare attitudine dell'azione penale.

In effetto in tutti questi casi eziandio l'azione penale è subordinata a delle condizioni; non è libera, siccome in ogni altro caso in mano al Ministero pubblico. È restrizione o non restrizione all'azione stessa e del suo esercizio; o piuttosto una forma diversa dell'esercizio? È ciò che vedremo in seguito di un ragionamento. Quello che si deve segnalare sin da principio si è: che questa medesima autorizzazione passiva, la chiameremo così, ha un doppio aspetto il più spiccato e distinto; e diversissime pure e inconfondibili si mostrano le sue conseguenze rispetto all'ordine dei giudizii. Chè altre riguardano la persona politica o gli attributi della persona politica che nella sua rappresentanza si concentrano; onde il fatto suo appartiene al giro delle idee politiche e forma parte del diritto pubblico nazionale. Ed altre e diverse ragioni riguardano l'ordine amministrativo e giudiziario; non ricoprono a così dire, la persona, e non si riferiscono che alle sue funzioni, o ad alcune delle sue funzioni (a).

## § LXXI. — *Cenni storici.*

315. Mettiamo avanti un po' di storia.

La confusione delle giurisdizioni fu mai sempre simbolo eloquente della imperfezione dello stato di diritto. Sarebbe inutile al nostro lavoro che cammina diritto al suo scopo, il fare la storia della mentovata confusione. Come e perchè fin dove esistesse sino ai tempi a noi più vicini e in Italia e fuori, è ciò che spetta alla erudizione il mo-

(a) Della prima serie; ministri, senatori, deputati, ecc.; della seconda, funzionarii, agenti amministrativi, giudiziarii in dati casi e d'ordinario, secondo disposizioni speciali.

strare, ma del fatto generale non è chi dubiti. In Francia il potere dei Parlamenti era giudiziario, amministrativo, politico: o, meglio, teneva di tutto questo; investito più dalle consuetudini che da leggi espresse, ma fornito della irrequieta attività dei corpi propriamente politici. La loro vita energica e quasi direi convulsiva, denotava una di queste due cose: o che quelle istituzioni contenevano in se stesse elementi discordanti o disordinati e tendenti ad una forzata espansione contro la natura *dello istituto* medesimo; ovvero quella orgogliosa e temuta oligarchia della toga, considerava se stessa come un potere politico più che altro, e si destinava a fare equilibrio ad altro potere che reclamava il diritto ad esso naturale, di governare il paese. Così, non soltanto male definiti i poteri ma piuttosto mal distribuite le forze dello Stato, i conflitti di giurisdizione non erano sempre pacifici come oggidì i nostri conflitti di giurisdizione malgrado il titolo guerresco che si sono appropriato; ma di sovente lotte, strappamenti, violenze; o almeno frodi, dissidii, forme illegali; o pur anco se legali, la legalità non era mica nè la ragione nè la giustizia. La legalità si presentava come rimedio di un male che esisteva e che non si poteva distruggere: così la Cassazione fu un rimedio contro la sovranità indistruttibile dei decreti del Parlamento; se si fosse allora potuto sistemare sovra basi razionali l'ordinamento generale della giustizia, la Cassazione si sarebbe o no conservata, ma sarebbe stata un'altra cosa: non sarebbe stata un'arma di difesa o un mezzo di repressione in mano al potere reale contro l'audace amministrazione dei Parlamenti. Si sarebbe conservata come degna corona e necessario complemento dell'edifizio giudiziario.

I Parlamenti estendevano la loro giurisdizione sui militari, sui funzionarii dell'ordine amministrativo; ciò tenevano dalla legge (articolo 209 della ordin. del 1629 ed altre). Ma tali attribuzioni non erano naturali al potere giudiziario ordinario.

E non ultimo dei sintomi della civiltà nuova che si veniva mostrando fu quello inoltrarsi del potere regio, ossia del governo, sopra le eccessive attribuzioni dei Parlamenti; quello andarli spogliando di facoltà che dovevano appartenere distinte ad un altro istituto. Quindi il governo sentiva che, a lui competendo l'amministrazione, a lui competeva eziandio il diritto e il dovere di vegliare sulla condotta dei proprii funzionarii, e fino a un certo punto correggerle e punirle (a).

(a) Si è detto *sino ad un certo punto*: poichè dal limite entro il quale il potere

In realtà il consiglio del re soleva avocare a sè le procedure iniziate contro gli agenti amministrativi; e ciò fece dapprima di moto proprio, come di moto proprio fece molte altre cose. La consuetudine cominciò a passare in articoli di legge (Lettere patenti del 22 ottobre 1648).

316. L'assemblea costituente, separando il potere amministrativo dal giudiziario (14 dicembre 1789), prescrisse che gli ufficiali municipali non potessero essere sottoposti a giudizio penale per reati di carattere amministrativo, se non previa l'autorizzazione degli amministratori o presidi dei dipartimenti.

Determinò che gli amministratori di dipartimento non potessero esser tradotti avanti i tribunali criminali per fatti relativi alle loro funzioni fuorchè con decreto del corpo legislativo; disposizione estesa ai ministri del re col decreto 24 agosto 1790, art. 7.

Stanziava la costituzione del 25 *frimaire* anno VIII, art. 69. Le funzioni dei membri del senato, del corpo legislativo, del tribunato, dei consoli e dei consiglieri di Stato non importare veruna responsabilità (nell'aspetto politico). Nell'art. 70, che *i delitti personali*, soggetti *a pena afflittiva o infamante*, commessi da un membro del senato, o del tribunato, o del corpo legislativo, *o dai consiglieri di Stato*, sarebbero giudicati dai tribunali ordinarii, in seguito di autorizzazione del corpo al quale l'imputato appartiene. I ministri, *prevenuti di delitti privati* portanti pena afflittiva o infamante, si consideravano quai membri del consiglio di Stato. Nell'art. 75 si leggeva: « *Le agents du gouvernement*, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, *pour des faits rélatifs a leurs fonctions*, qu'en vertu d'une décision du conseil d'État: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ».

317. Fu ritenuto dagli scrittori e dalla giurisprudenza che la Carta del 1814 non avesse abolite nè innovate in tutto le disposizioni precedenti: alcune però lo furono alla lettera. L'articolo 55 della Carta del 1814, diceva: « *La Chambre des députés* a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant *la Chambre des pairs* qui a seule celui de les juger (a) ».

amministrativo avrebbe esercitata la disciplina e la penalità sopra gli agenti e funzionarii da lui dipendenti doveva misurarsi, secondo i principii razionali, la legittimità del suo medesimo esercizio.

(a) L'atto di riformazione del 7 agosto 1830, conservando l'articolo suddetto

L'art. 29 dell'atto di riformazione (il 34° nella Carta del 1814) disponeva quanto ai pari (da noi senatori): « Aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre et jugé que par elle en matière criminelle ». Rispetto ai deputati l'art. 52: « Aucun membre des députés ne peut, pendent la durée de la session, être poursuivi, ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la Chambre a permis la poursuite (a) ».

abrogò l'art. 56, pel quale i ministri non potevano esser accusati che per fatto *di tradimento o concussione*.

(a) Gli articoli 126, 127, 128, 129 del Codice penale francese sono altrettanti colpi di mazza, il vero vocabolo, che cadono a dritta e sinistra contro gli ufficiali di polizia giudiciaria, procuratori generali, sostituti, giudici d'ogni sorta, che ordinassero un processo contro un pari, un deputato, un consigliere di Stato, ecc., che ordinassero o mantenessero procedure contro pubblici amministratori, ecc., e sono degradazioni come a furfanti dovute (*comme coupables de forfaiture*) e grosse ammende pecuniarie. È inutile domandare se tali leggi siano state riprodotte nel nostro Codice penale. Quale discredito versato sul capo dei funzionarii all'ordine giudiziario! Tristo e sciagurato governo quello che alla fiducia nei magistrati da lui nominati, surroga la garanzia e la riverenza della multa e dello staffile!

Agli statuti e disposizioni accennati da Mangin possono aggiungersi i seguenti.

Il decreto 23 giugno 1789. L'assemblea nazionale dichiara la inviolabilità dei deputati.

Nella costituzione del 1791, è riprodotta la stessa dichiarazione. Si aggiunge ch'essi potranno però essere arrestati per fatti criminali; ma se ne darebbe avviso al corpo legislativo, e il processo non potrebbe continuare se non sia determinato dallo stesso corpo legislativo che può farsi luogo all'accusa.

La stessa garanzia è estesa ai ministri, (tit. III, ch. II, Sect. IV, art. 8). Rispetto ai quali; « Une haute cour nationale, formée des membres du tribunal de Cassation et de hauts jurés, connaîtra des délits des ministres, et agents principaux du pouvoir exécutif », (tit. III, ch. V, art. 23).

*L'alta Corte di giustizia* surrogò *l'alta Corte nazionale;* e si componeva di questa maniera: di cinque giudici e di due accusatori nazionali tolti dal seno del tribunale di Cassazione, e di altri giurati nominati dalle assemblee elettorali del dipartimento. L'alta Corte di giustizia si costituiva in forza di un decreto del corpo legislativo, redatto e pubblicato dal consiglio dei cinquecento. (*Costitut.* 5, *fruttidor.* an. III, art. 266, 267).

Segue la costituzione del *frimaire* di cui nel testo sono riportate alcune disposizioni.

L'art. 72. Descriveva la responsabilità dei ministri in un modo senza dubbio imperfetto; ma fu un tentativo mai più raggiunto in appresso.

Il tribunato denunciava i ministri al corpo legislativo che deliberava dopo avere o sentito o chiamato il ministro incolpato, art. 73. Il quale articolo diceva

## § LXXII. — *Delle disposizioni relative a garanzia politica* (a).

318. La Camera dei deputati può accusare i ministri e tradurli all'alta Corte di giustizia (art. 47 dello Statuto).

I deputati non possono essere arrestati fuori del flagrante delitto, durante la sessione, nè tradotti in giudizio in materia criminale senza il consenso della Camera (art. 45).

« Il Senato è costituito in alta Corte di giustizia con decreto del re per giudicare *dei crimini di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato, e per giudicare i ministri accusati dalla Camera dei deputati.* In questi casi il Senato *non è corpo politico.* Esso non può occuparsi se non degli affari giudiziarii per cui fu convocato, sotto pena di nullità (art. 36).

ancora che l'alta Corte giudicante senz'appello e senza ricorso, constava di giudici e di giurati. I giudici, scelti dal tribunale di Cassazione, e tolti dal suo seno; i giurati dalle liste nazionali.

È noto che l'alta Corte imperiale sepellì da ultimo le altre gran Corti; o fu uno degl'istituti del senato-consulto del 28 *floréal* anno XII.

Tutti questi e consimili statuti furono sormontati e in massima parte abrogati da quelli delle due gran Corti del 1814 e del 1830.

Due nuove costituzioni sono di poi uscite in Francia. Quella del 4-10 novembre 1848, emanata dall'assemblea costituente di quell'anno; e quella del 14 e 22 gennaio 1852, per opera del presidente della repubblica, in forza dei poteri a lui delegati.

Questa ultima costituzione fu fatta per esonerare i ministri dalla loro responsabilità verso la nazione; e non gravarli di responsabilità che verso il capo dello Stato; per liberarli dalla solidarietà del loro operato; e stabilire che dalla sola autorità del Senato possano esser messi in istato d'accusa.

Anche la costituzione del 48, è parziale. Si statuì di un'alta Corte di giustizia, senz'appello nè ricorso in Cassazione, giudicante le accuse portate dall'assemblea nazionale contro il presidente della repubblica o i ministri; la quale si formava in forza di un decreto dell'assemblea (art. 91).

(a) Mangin al n. 242 della celebre sua opera ha detto: Duopo è distinguere due sorte di persone che non possono venir processate senza previa autorizzazione. *Les unes jouissent de cette garantie à raison de leur fonction;* tali sono i ministri, i consiglieri di Stato, ecc., *les autres ne peuvent réclamer pour elles personnellement aucune garantie; elle n'est accordée qu'aux actes, qu'aux faits qui emanent de leurs fonctions;* e sono gli agenti del governo. Facilmente i lettori sagaci comprenderanno le modificazioni che noi portiamo a questa dottrina ne maggiore sviluppo che crediamo doverví dare.

« Fuori del caso di flagrante delitto, niun senatore può essere arrestato se non in forza di un ordine del Senato. Esso è solo competente per giudicare dei reati imputati a'suoi membri (art. 57).

Un breve confronto colla legislazione francese ci dimostra che da quella la nostra differisce in quanto; 1° non vengono in questa classe, che per un momento chiameremo privilegiata, i consiglieri di Stato. 2° Il Senato funziona nominatamente quale corpo giudiziario per giudicare dei crimini d'alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato (a).

Quanto all'autorizzazione amministrativa, è un sistema da noi ripudiato.

## § LXXIII. — *Della garanzia amministrativa, riprovata dalle ragioni che la escludono.*

319. Nella legislazione francese un gran numero di funzionarii che presso a poco rappresenta tutti i rami dell'amministrazione, sfugge all'azione libera della penalità; e si rifugia, e può rifugiarsi, anche con effetto della impunità la più assoluta, nel seno di un potere che lo protegge contro le conseguenze del suo proprio delitto.

In generale sono gli *agenti governativi* che non possono essere processati senza l'autorizzazione del potere competente (art. 75 della Costituzione dell'anno VIII). Una espressione tanto vaga e indeterminata aggiungeva ai pericoli naturali del sistema quelli dell'interpretazione. Il suo spirito però era sempre bene inteso, ogni volta che si abbondava nel favorire l'amministrazione, e si restringevano i confini dell'autorità giudiziaria: con questo spirito difatti la legge era venuta al mondo. In questa condizione di cose ingrossò sotto la mano della giurisprudenza la lista degli *agenti governativi* che l'azione penale doveva rispettare (b).

(a) Il Codice penale del 1859, non ha mantenuto il titolo *di alto tradimento*. Questa formula terribile è stata ed è talmente abusata in certi Stati da significare meno il fatto in se stesso che il punto di vista con cui quei governi nel loro sgomento sogliono osservarlo.

Il Senato non è tribunale di diritto per giudicare siffatti reati, ma *è costituito* per decreto reale, e certamente nei casi di una gravità enorme e per politica opportunità.

(b) Eccone un saggio: I direttori generali delle amministrazioni, i prefetti i

Il potere amministrativo aveva elevata una barriera di fronte al potere giudiziario; e vecchie rivalità, dopo che il vento impetuoso della rivoluzione aveva scomposte le istituzioni antiche, conservavano tanto di vita da guastare le novelle. Il potere reale emergeva potente di tutte le diffidenze che aveva ereditate dalla storia; e non vi fu mai istituto meno repubblicano di quello. Il governo tendeva a dominare, a soprastare continuo e sempre l'ordine giudiziario; e si è già visto in più luoghi di questo libro. La indipendenza del potere amministrativo è minacciata dal giudiziario, si diceva, e bisognava difendersi; ad ovviare gli eccessi del potere rivale si doveva aumentare a sue spese il potere del governo: questo era il sistema.

Per l'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII, il consiglio di Stato era incaricato di autorizzare l'azione penale contro gli agenti del governo. Le sue decisioni si trasformavano in ordinanze reali contrassegnate dal ministro della giustizia. Qualche volta questa facoltà era affidata agli stessi capi delle rispettive amministrazioni verso i loro dipendenti, come i direttori dei lotti, delle poste, della zecca, delle contribuzioni dirette, ecc. mentr'essi non potevano esser tradotti in giudizio che coll'autorizzazione del consiglio di Stato, e gl'ispettori e sotto-ispettori dei boschi dello Stato che coll'autorizzazione del ministro delle finanze. Rapporto ai processi dei ricevitori e appaltatori particolari delle contribuzioni dirette, provvedeva il prefetto. Vi era in ogni caso ricorso al consiglio di Stato. Infine il re, malgrado il parere del consiglio di Stato, poteva rifiutare l'autorizzazione. Intanto la polizia giudiziaria poteva e doveva assumere informazioni, ma era assolutamente vietato d'interrogare il funzionario amministrativo, sin anco in via stragiudiziale (dicembre 9 agosto 1806). Tutto ciò eccettuata la sorpresa in flagrante, ma si doveva chiedere e senza por tempo in mezzo l'autorizzazione.

sotto-prefetti, i *maires* (sindaci) ed altri funzionarii di espresso e deciso carattere amministrativo; ai quali la interpretazione o i regolamenti aggiunsero, i preposti del registro e demanio; i preposti delle lotterie, delle poste, della zecca, delle dogane (con qualche limitazione) delle acque e foreste, comprese le foreste di proprietà della corona e dei principi del sangue; i ricevitori delle contribuzioni dirette, gli amministratori degli ospizii, quelli della pubblica beneficenza, quelli della marina, inclusive gl'intendenti di marina; gl'intendenti e sotto-intendenti militari, i guarda-porti dei fiumi e preposti alla navigazione, le guardie forestali, ecc. Non credo averli numerati tutti. In certi casi anche gli ecclesiastici; e a questo soggetto porrò un breve capitolo (§ LXXVI).

Messe così di rincontro l'autorità amministrativa e la giudiziaria in una condizione di vera ostilità, s'impegnava nel vestibolo, per così esprimermi, di un processo penale anche il più importante ed urgente, una specie di conflitto dominato interamente dalla volontà del governo. Due intanto erano i fini dell'autorizzazione; l'uno poteva dirsi accidentale e personale: ma l'altro era essenziale, quello di sottrarre alla cognizione dei tribunali tutto quanto poteva contenere qualche elemento politico o amministrativo, cognizione che il governo a sè riserbava (a). Questo apprezzamento preliminare era pieno di difficoltà per se stesso; ma si può immaginare come fossero risolte le difficoltà solo che si presentassero al primo esame. Era generale anche in Francia il commento sulla estensione che il consiglio di Stato si permetteva intorno le proprie attribuzioni. Quando non si preoccupava di ogni menoma apparenza e di un colore qualunque di politico e di amministrativo per rifiutare l'autorizzazione, la rifiutava perchè le informazioni non erano concludenti a stabilire il delitto, quasichè le prime informazioni costituissero il processo; e molte volte, o lo muovesse riguardo di persona o suscettibilità di corpo, il consiglio di Stato non accordava altra facoltà che di procedere civilmente. Se l'autorizzazione a procedere è negata, diceva Favard de Langlade, è cosa sovranamente decisa; e il funzionario è messo al sicuro da ogni persecuzione giudiciaria. (*Rép.* V. *mise en jugement*, § 3, n. 13). La nullità che sarebbe derivata da un contrario procedere dell'autorità giudiziaria era di natura che in ogni stato di causa poteva essere allegata.

Era l'equilibrio dei due grandi poteri esecutivi dello Stato a cui si mirava? Nulla di più giusto. Ma l'equilibrio dei poteri deve trovarsi nella stessa loro natura e negli ordini della costituzione; e non già in una forza di eliminazione o di attrazione donata ad uno di codesti poteri. Egli porrà se stesso ove crederà trovare il vuoto e forzerà l'altro a seguirlo: e l'equilibrio che si pretende aver trovato, non sarà che il trionfo d'uno di essi, ch'era poi infine quello che si voleva. La idealità di un equilibrio costituzionale non era ancora apparsa; il concetto giudiziario era male compreso; la libertà poteva essere va-

(a) Il consiglio di Stato aveva più volte statuito, e la massima era inconcussa, che l'autorizzazione esisteva sì nell'interesse stesso degli agenti governativi, che in quello dello Stato.

gamente additata come fine ma si teneva impotente come mezzo: la fiducia restava ancora alla forza. Quando la forza del governo prevaleva, regnava l'ordine: doveva dunque star sempre al di sopra; ciò valeva impedire gli abusi perchè gli abusi non potevano venir mai dal governo.

Se un giorno la storia della libertà sarà scritta senza spirito di parte e con animo sincero (ci vorrà del tempo) si troverà, che la libertà non essendo che il diritto in quanto regola assoluto e secondo la santità delle sue leggi le relazioni umane, si troverà, io diceva, che il concetto della libertà non si era manifestato in tutta la sua chiarezza a quei legislatori della forza governativa. Che ogni attività dirigente nello Stato debba possedere, con applicazione diretta o indiretta, quel grado di forza che è necessario onde le sue determinazioni abbiano efficacia nel mondo, in ragione del proprio fine, è ben chiaro; se la forza materiale è nel governo egli deve prestarla; ciò appartiene alla parte esecutiva, ma il fondare le istituzioni appartiene alla idea e al concetto di diritto.

In quell'epoca si avevano delle teorie utopistiche e troppo astratte; o venivano gli uomini pratici, gli uomini del governo a troncare le questioni colla spada. Ora almeno si avrebbe in mente il concetto. Ora si direbbe che e l'equilibrio e la indipendenza consegue dalla chiara intelligenza della natura delle diverse attività o poteri dello Stato; dalla esatta definizione di essi; dall'attitudine delle forme esteriori a mettere in azione tali concetti.

Quelle gelosie dell'amministrazione di non volere rivelarsi all'occhio curioso degl'interessati, essere scrutata dai giudici, e quasi controllata; quei timori di una invasione per così dire armata dei tribunali nei suoi pacifici e liberi dominii, cosa sono mai! Di che si teme? L'amministrazione pubblica ha pur essa le sue decisioni inoppugnabili; l'autorità giudiziaria non vi surroga le sue; essa le rispetta, vi si fonda, vi dà esecuzione. Bastava sentire le ragioni del Vivien per far cadere questa macchina tarlata del neoliberalismo anteriore (*a*).

(*a*) È noto che una opinione assai estesa in Francia combatte da lungo tempo quell'istituto. È stato provato e riprovato che non è compatibile colla costituzione; che ragguagliato, se non ad essa, almeno ai suoi principii fondamentali, è un controsenso. Nella sessione parlamentare del 1835, fu presentato, discusso e difeso un progetto di legge che mirava all'abrogazione dell'art. 75; pochi oratori

320. Si discorre inoltre della protezione del funzionario governativo! E che un certo debito ha la pubblica amministrazione da lui rappresentata, di coprirlo colla sua protezione dalle temerarie accuse che potrebbero esser lanciate contro di lui! Non so qual protezione meriti il funzionario che non gli sia fornita dalle stesse sue opere! Non so perchè un funzionario che si è fatto reo di delitti, debba esser protetto! Non so donde la pubblica amministrazione abbia questo debito! Se l'accusa sia temeraria, lo vedranno i tribunali: la legge provvede contro i calunniatori. Se non si abbia a dar passo ad una querela appunto perchè si appalesi temeraria, animosa, e perchè senza prove, il pubblico Ministero lo avviserà; e dopo lui il processante, o lo stesso tribunale. Si dirà: che il consiglio di Stato e quale che sia funzionario superiore che deve autorizzare il processo, si ha da presumer imparziale. E io lo presumo. Ma perchè poi devo presumerlo più imparziale degli ufficiali di giustizia, e questi meno imparziali degli ufficiali amministrativi? Eh no! quella che si teme è la rettitudine severa dei primi dai quali gl'imputati null'hanno da sperare: nei secondi può lusingarli l'affezione personale, la responsabilità comune, la convenienza di corpo, l'interesse del governo; ed un cattivo arnese potrà sotto una protezione di questa fatta aver buon giuoco colla giustizia quanto più sia cattivo, e quanto più il suo delitto sia stato utile.

## § LXXIV. — *Della garanzia politica.*

321. È riflessibile nell'ordine del suo operare assai differente. La legge riconosce la necessità di norme singolari dal diritto che diremo comune, a regolare la penalità in presenza di determinate condizioni politiche. A quest'oggetto, ora stabilisce delle *competenze speciali*, ora non esige che l'assenso di una data autorità, perchè la procedura comune abbia luogo.

si opposero, fra i quali il Vivien; la Camera non pronunciò, e l'art. 75 è rimasto sempre più curvato sotto il peso delle sue critiche ma non minaccia ancora di cadere perchè la sua esistenza è trovata utile là dove la critica si frange.

I.

*Creazione di una competenza speciale.*

MINISTRI

322. Nelle osservate istituzioni francesi noi abbiamo veduta la protezione della persona, non perchè persona determinata, ma perchè in lei l'amministrazione governativa riguardava un organo proprio, nella tutela del quale essa aveva un interesse. Non è un vero privilegio nel senso che per secoli si è attribuito a questa parola. Tale non era la intenzione, io ne convengo, ma si riusciva nonostante a ferire il gran principio delle società civili: *tutti sono uguali innanzi alla legge*, ancorchè non si avesse veramente intenzione di fare dei privilegiati; ancorchè uno dei poteri dello Stato dicesse altamente e francamente, che si proteggevano dalle accuse criminali gl'impiegati solo per difendere e preservare da ingiusti attacchi e da insolenti controllerie e ricerche la pubblica amministrazione.

323. Giova ben distinguere, e moltissimo importa nella tesi presente, il *privilegio* dal *gius eccezionale*, e più ancora dal *gius speciale*.

*Il privilegio* è una facoltà della persona o della classe che crea una situazione particolare a favore di tale persona o classe in opposizione a quei principii razionali onde si regge il diritto a tutti gli altri cittadini comune.

*Il gius eccezionale* è semplicemente una limitazione della regola generalmente statuita.

*Il gius speciale* si presenta come per se stesso esistente, non quale correlativo di una istituzione più generale; sostenuto in ragioni sue proprie di essere, e introdotto in contemplazione del bene generale al quale corrisponda con quelle attitudini e forme che alla particolare sua costruzione convengono (*a*).

(*a*) Il diritto d'immunità in materia di pubbliche imposte, concesso ad ecclesiastici ed a nobili; il soddisfare alle leggi penali in modo meno severo per riguardo alla condizione e alla nascita; le privative baronali, ecc., sono privilegi.

Il diritto dei minori, quello delle madri ad ottenere la tutela, è eccezionale.

Del gius speciale porgesi un esempio nel caso che veniamo ad esaminare.

Il privilegio, prodotto di consuetudini originate da mille cause contrarie al diritto, per lungo tempo ha fatto guerra alle leggi fuor della legge, come quello che sfugge ad ogni disciplina e rigetta ogni ordine legale. Non è però che altre volte il privilegio non siasi rivestito di legalità ; e se ne ha prova nella legislazione romana, nella ecclesiastica, nella baronale, nelle leggi longobarde, ecc. (a). Il privilegio

(a) Mi piace di por qui questa nota in risposta a ciò che l'illustre Faustin Helie ha detto nel vol. III, della *Istruz. crimin.* p. 25: che l'imperator Costantino, indi Zenone, revocando al trono le cause criminali dei patrizii consolari, non creassero privilegi ma gli esistenti distruggessero, riferendosi alle tre leggi che formano il tit. XXII, del libro III del Codice.

La prima dice che coloro che non sono illustri *sed clarissima dignitate tantum praediti*, se rapiscono vergini, invadono l'altrui, commettono altri reati, soggiaceranno alle pnbbliche leggi, nè godranno il benefizio del foro (*fori praescriptione*). Se ne inferisce ben facilmente che i personaggi *illustri* sorvolavano a questa condizione comune, e *publicis legibus* erano sottratti.

Zenone sistemò il privilegio con una costituzione celebre ( L. 3, tit. suddetto ). Ben si scorge che al sangue patrizio, alle alte cariche sostenute, agli onori onde furono distinti dalla casa imperiale, e alla precedente e lunga divozione verso di quella, quei personaggi dovevano il beneficio di non poter essere gindicati che dalla *pietà* del principe (*nullius alterius judicis, nisi nostra pietate, hujusmodi esse esquitores*), di essere affrancati dall'angustia dei termini ai comuni accusati prefissi ; e persino il vantaggio di sedere così decorosamente avanti i giudici, da escludere quella specie di presnnzione di reità che la umiltà dello scanno sembra denotare. La prova della reità più manifesta (*postquam crimen fuit patefactum*, non attribuiva ai gindici facoltà di sentenziare condanna; ma affinchè l'onore delle dignità sostenute fosse accresciuto (*tantarum honores dignitatum duximus augendos*) il modo con cui il reato dovesse vendicarsi sopra sì splendidi capi (*ultionis autem tantis inferendis dignitatibus modus*) nel solo arbitrio del principe risiedesse. L'accusatore che avesse sparato il colpo, che non fosse riuscito, era minacciato di pronta e volgar punizione; a meno che non fosse costituito in pari dignità e grado (*nisi forte accusator quoque non minoris quam reus sit dignitatis*). Taccio la seconda parte della costituzione che riguarda *viros illustres ;* non accenno a molti altri luoghi del Codice, per esempio alla L. unica, *de quaestor.*, alla L. 1, *de decurioribus*, alla L. 1, *de exhibendis reis, etc.*, in cui il *beneficio* (è qnesta la parola, V. L. unica *in quibus causa milit.*), segue la persona, a tutela ed onore della dignità e del grado, per merito di devozione, per affetto, per alta misericordia di tanta grandezza caduta nell'umiliazione di un'accusa: senzachè in tntto qnesto si possa mai travedere un pensiero qualunqne che supponga il bisogno di fare la giustizia.

La giurisdizione nella quale ordinariamente si cadeva del prefetto del pretorio non era tanto indipendente da portare un rimedio a sì gravi mali, e alla corruzione della giustizia sempre crescente.

non perde nulla della sua natura antigiuridica per essere introdotto in qualche legge; egli è rimasto sempre il nemico della ragione legale, con un grado d'insolenza di più perchè più espressamente protetto.

Oggidì qualsiasi legislatore si vergognerebbe del privilegio che non potrebbe mai passare col proprio suo nome. Tutte le determinazioni legislative, anche le più inormali, vogliono essere fondate nelle attenenze della realtà (*in re*), e protestano contro il favor personale. Ma la logica delle cose è sì inesorabile che non basta professare un principio, conviene che l'applicazione vi corrisponda sotto pena di ricadere nel disordine contro cui si protesta. Ragionando della *garanzia amministrativa*, quantunque negativa di ogni privilegio, si è veduto a che riesce; 1° al disequilibrio costituzionale; a falsare il concetto della giustizia; ad una concentrazione soverchia ed esorbitante di poteri in mano al governo; 2° ad un vero privilegio personale, ed all'incoraggiamento del delitto in coloro che posseggono qualità ed esercitano funzioni che essendo protette dall'amministrazione possono trovare nel favore di lei una difesa contro l'azione penale.

324. Del tutto diverso è il sistema che riguarda la *garanzia politica*, ed è pregio dell'opera segnalare accuratamente questo fatto.

La diversità ideale e fondamentale consiste in ciò: che le determinazioni adottate a questo effetto dalla legislazione rispondono ad una verità reale e si fondano nella essenza delle cose.

La garanzia di cui qui si parla intende ad assicurare una giustizia solenne, cioè nel suo estrinseco perfetta, a quei fatti che sommamente interessano la costituzione dello Stato e altamente commuovono la opinione pubblica. Ecco la garanzia politica. I delitti dei ministri scuotono la coscienza universale del popolo che vi annette giustamente la idea di un grande interesse nazionale; la sola accusa di un ministro, in qualunque condizione di vita costituzionale, è un avvenimento. Giudicare gli uomini politici, è giudicare la stessa loro politica: anzi è di più: è l'applicazione dei grandi principii nazionali nei rapporti che hanno colla giustizia. Vi è dunque una ragione per una determinazione speciale, propria a così esprimermi della situazione; non riguardante punto il favore dei ministri, nè tenente in guisa alcuna al privilegio. Non adunque *propter personas sed propter rem;* e se ne ha riscontro confermativo nella competenza del Senato, costituito pure in alta Corte di giustizia, a giudicare dei crimini *di alto tradi-*

*mento e di attentato alla sicurezza dello Stato;* giudizio della stessa indole e giustificato da analoghi motivi. Il Senato così costituito, occupa uno straordinario seggio di giudice, deposto il suo naturale attributo di corpo politico (art. 36, dello Statuto). Svaniscono le gare di partito, tacciono le passioni politiche in cospetto della giustizia una e indefettibile.

325. Senza ripetere la nozione del gius speciale, come io la intendo, e che posi di sopra, questa combinazione giudiziaria rientra facilmente in quel concetto.

È lecito dubitare se la trasformazione istantanea di un corpo politico in un corpo giudiziario sia tanto facile in effetto, quanto fu facile alla legge il dirlo. I giudici, noi diciamo, denno recarsi al tribunale col cuore sgombro d'ogni passione e d'ogni affetto; essi non hanno nessuna virtù da eserciture sopra se stessi; non è imposto ad essi il menomo sforzo per superare una passione o un affetto qualunque (*a*). I senatori, mutati in giudici, dovrebbero esercitarla questa virtù: ed è un male. Si ama e si odia fortemente in politica; questi odii e questi amori dovriano dimenticarsi ad un tratto! Sogliono i ministri incarnare in se stessi tutto un sistema ed improntarlo nelle loro azioni; non rare volte ne sono la vittima, e qualche volta succede che i processi criminali siano uno dei premi che raccolgono da una grande impopolarità, dai loro falli e dai rovesci che ne furono la conseguenza (*b*). Ieri quegli uomini politici che seggono in Senato, avrebbero ardentemente combattuto o difeso il ministro e le sue opinioni, oggi hanno acquistato la calma e la impassibilità di giudici perchè la legge lo vuole! Si chiamerebbe una coscienza officiale. Da questo lato c'è del pericolo per la giustizia, non può negarsi. Per altro la istituzione in se stessa non potrà censurarsi come derogante al diritto giudiziario fondamentale, che è quanto si voleva provare, anche senza accettarla come una cosa perfetta nella concreta sua forma (*c*).

(*a*) Questa è la base del *diritto di ricusa.*

(*b*) Si rammenta il processo dei ministri alla caduta di Carlo X.

(*c*) Mi piace portare in questo proposito un passo nobilissimo di un lavoro del Rosmini noto generalmente solo per nome, una delle opere minori intitolata la *Costituzione secondo la giustizia sociale,* stampata nel 1848. Una verità si raccoglie da quel libro del Rosmini: ed è la difficoltà di formarsi concetti chiari e precisi di quella parte importantissima del diritto. All'epoca in cui quell'altissimo ingegno dettava il suo opuscolo, le costituzioni erano passate per le loro buone e

326. Il diritto d'accusa nella Camera dei deputati è perfettamente costituzionale. È la nazione ne' suoi rappresentanti che accusa i ministri, e fa che si traducano avanti l'alta Corte di giustizia.

327. I ministri vi possono esser sottoposti per reati di natura politica o per reati comuni, o misti. Quali siano i reati di natura puramente politica onde possono soggiacere a sì grave giudizio, è un problema ancora insoluto. La responsabilità dei ministri è sempre una legge da farsi: intanto esiste nell'ordine morale e vagamente nella opinione; si finirà sempre col perseguitare *i fatti:* ed è giusto. I fatti, i fatti soltanto, daranno una forma a quella vaga responsabilità dei ministri, quei fatti, dico, che la coscienza pubblica qualifica reati. Quanto ai fatti che si direbbero anticostituzionali, il ministero suole avere per pena la sua caduta, purchè non trascini con sè anche il trono; allora la sua responsabilità rapidamente si concretizza sotto il peso della pubblica riprovazione.

Appelliamo reati politici quelli che la sola ragione politica e non la legge penale condanna. I delitti *misti* come noi li chiamiamo, sono i veri reati dei ministri, perchè essenzialmente tali, e non per forza di opinione. Quando la corruzione, non millantata dai partiti ma pro-

cattive vicende; erano provate, e non si raccomandavano per esiti felici; chi le spregiava come utopie dottrinarie, o le temeva come lievito perpetuo di rivoluzioni, era fra questi il Rosmini, onde era tutto nel rifare la base del voto elettorale *sulla proprietà* finchè non potessero uscirne che conservatori. E un po' più e un po' meno vaneggiando, fra le cose buone diceva: « Nelle altre costituzioni (cioè in quelle non proposte da lui) la giustizia non è pienamente rappresentata, perchè mancano i tribunali politici. Per supplire a questa mancanza, cosa si fece? Si attribuì alla Camera dei pari la qualità di alta Corte di giustizia pei delitti di Stato, il che è quanto dire si concentrò nelle stesse mani due poteri di loro natura indipendenti e separati, il *politico che riguarda la utilità e il giudiziale che riguarda la giustizia;* si fece che quegli stessi che sono parte fossero anche giudici. Così si pose nella Camera quel dispotismo che nei governi assoluti sta in mano al sovrano. Il dispotismo è dislocato non tolto. Perocchè qual formula può trovarsi più acconcia di questa ad esprimere il dispotismo che la stessa persona, individuale o collettiva, il che è indifferente, sia parte e giudice a un tempo? La forma di governo non può esser dunque pienamente libera se *non stabilisce la piena separazione fra il potere politico amministrativo ed il giudiziale,* collocando questi due poteri in mani diverse, obbligando il primo a riconoscere il secondo, a riconoscere che la giustizia sta sopra tutto, sopra lo stesso potere politico. La società serve allora alla giustizia, *e in questo sta la sua vera e sola possibile libertà;* ella è stabilita solidamente perchè la sua base è eterna » (pag. 105).

vata, i furti, i falsi e le frodi sono adoperati da un ministro come mezzi e istrumenti a far trionfare una idea antinazionale, spingere lo Stato fra i pericoli, insanguinarlo colla guerra civile; ovvero senza scopo politico, ma abusando della sua posizione di ministro, e facendo a sua volta servire la politica di mezzo, tesaurizza sulla rovina dello Stato, ecco una materia molto bene disegnata per farne un processo contro un ministro.

Resta il vedere se la straordinaria competenza che esaminiamo si estenda anche ai delitti che, in applicazione a questa specie, si dicono *privati o personali* scevri cioè e ritirati del tutto dalla politica, delitti solamente ed esclusivamente commessi da uomini privati, come se un ministro uccidesse il figlio o la moglie.

Per quanto riguarda la legislazione francese è generalmente ritenuto che i reati commessi *fuori dell'esercizio delle funzioni* di ministro, non cadono in questa giurisdizione speciale. L'art. 47 della costituzione del 1830 fu così inteso: 1° perchè la Corte dei pari, giurisdizione essenzialmente politica non può conoscere, ai termini dell'art. 28 e 29 della Corte, se non reati di natura politica, salvo si trattasse di reati imputati a qualcuno de' suoi membri; 2° perchè il diritto di accusa, attribuito alla Camera dei deputati e quello di giudicare, attribuito alla Camera dei pari, sono correlativi, non possono applicarsi che ai medesimi fatti; ed è fermo che un diritto d'accusa attribuito ad un corpo politico non può avere che un oggetto politico; 3° che la Carta del 1814 restringeva i titoli d'accusa contro i ministri *al tradimento e concussione;* sotto l'impero della costituzione del 1830, tolti quei limiti, la giurisdizione si estese di più, ma sempre in relazione a reati della stessa natura politica (Helie, n. 1144).

La nostra legge che, a dir proprio, non ha storia, si vede per altro dominata dallo stesso spirito. Benchè l'art. 47 dello Statuto si limiti a dire che *la Camera dei deputati ha diritto di accusare i ministri del re*, e non parli di delitti politici, è facile dedurre che i delitti comuni non sono propriamente e specialmente delitti di ministri. È da lodarsi per altro la dignità e parsimonia del dettato; sarebbe stata imbarazzante ogni distinzione restringente la podestà che convien lasciare illimitata ai rappresentanti della nazione. È al pari di ogni altro un giudizio di coscienza e dipende talmente dalle circostanze del fatto che nessun presagio teorico è possibile. I disegni degli uomini ambiziosi sono cupi, e la causa politica può nascondersi sotto il più

volgare delitto, usato come mezzo. La facoltà di accusare non è l'accusa; la Camera, convinta dell'assenza di ogni causa politica, abbandonerà quell'uomo alla giustizia ordinaria; in quel rispetto, non è ministro.

II.

*Avvertenze sull'accusa e sul procedimento.*

a) *Del diritto d'accusa.*

328. Se la Camera dei deputati abbia essa *sola* il diritto di mettere in istato d'accusa i ministri e tradurli in giudizio, è una questione che è stata fatta (Helie, n. 1142): è una questione che potrebbe anche farsi, e ne inchiude delle secondarie, nel loro complesso importanti allo studio di questo ramo del diritto.

Si faceva avvertire da quello scrittore, che la costituzione non attribuisce alla Camera *il diritto esclusivo dell'accusa;* il testo non dice ch'essa *sola* possa accusare, in conseguenza il diritto dell'accusa è *puramente facoltativo*, e non esercitato, si rientra nella legge comune. E quindi l'illustre autore eleva due ipotesi: o il ministro è incolpato di complicità di un crimine o delitto della cui cognizione la Camera dei pari è già investita; ovvero è incolpato quale autore principale o complice di un crimine o delitto la cui cognizione non venne deferita alla Corte dei pari (Helie, n. 1143).

Nella prima ipotesi si ragiona ch'essendo la Corte dei pari regolarmente investita della causa, è pure in possesso del diritto di conoscere di tutte le appartenenze della causa stessa dei fatti e reati che vi hanno relazione, e quindi di giudicare le persone coimputate. È la conseguenza e il portato inevitabile della unità del giudizio. Perchè ed in forza di qual legge eccezionale, la giurisdizione della Camera dei pari, in tanta pienezza di facoltà che gli deriva dal fatto stesso e dall'oggetto della sua attuazione, troverebbe limite od ostacolo all'apparire di un imputato che è anche un ministro? E che dovrebbe poi farsi? Eccitare la Camera dei deputati a pronunciar accusa? Primieramente questo modo di comunicazione, una pratica di questo genere fra un corpo giudiziario e un corpo politico, sarebbe evidentemente irregolare. Ma vediamo il seguito. La Camera dei deputati dichiara che si fa luogo o non si fa luogo all'accusa. Nel primo caso, con qual

formula? che farà la Camera dei deputati? Manderà dei commissarii al giudizio per sostener l'accusa? Questi commissarii si troveranno sulla linea del procurator generale a fronte di altri accusati; laonde l'azione che è sempre una e identica, acquisterà una doppia direzione, e forse dovrà subirne due contrarie! Nell'altro caso (che cioè la Camera dei deputati non promuova l'accusa) sarà in suo potere paralizzare l'azione giudiziaria della Camera dei pari, o elevare un conflitto che non avrebbe altro risultato che impedire il corso della giustizia? (*a*).

Esamina poi l'autore la seconda ipotesi, quando cioè la Corte dei pari non è investita della causa, e trova difatti la soluzione più difficile.

Suppone pertanto che già esista una *prevenzione;* un rumore abbastanza fondato di un gravissimo reato, di natura politica, se vuolsi, commesso da un ministro e se ne abbiano informazioni solide, e si direbbe allarmanti, e si domanda se possa assumerne la cognizione la Camera dei pari senza preesistente accusa di quella dei deputati. L'illustre scrittore francese, che così ritiene, pone il principal fondamento di questa straordinaria giurisdizione della Camera dei pari nella ordinanza o decreto reale.

Ciò premesso, richiama alla mente i letterali disposti delle leggi relative: vede che l'art. 47 della costituzione, parlando della Camera dei pari, dichiara che in lei *sola* risiede tale giurisdizione; ma non trova, come superiormente si rammentava, che nella *sola* Camera dei deputati esista il diritto di accusare i ministri. È dunque una facoltà, egli conchiude, facoltà che ad altra podestà legittima può bene appartenere.

Qui fa a se stesso una obiezione e la risolve in modo che rivela l'imperfetto concetto ch'esso ha del diritto costituzionale.

Si dirà, egli osserva, che la costituzione richiede al giudizio dei ministri il concorso delle due Camere; e risponde (se pure è una risposta) che se la Camera dei pari non è costituita in virtù di un atto d'accusa della Camera dei deputati, lo è in virtù di un'ordinanza reale.

(*a*) La Corte dei pari, costituita a giudicare sui falli di corruzione imputati a Cubières, Pellapra e Parmentier dichiarò, ad istanza del pubblico Ministero, che il giudizio doveva essere esteso a M. Teste, che fu già ministro, senza che l'accusa della Camera dei deputati si pronunciasse (Helie, n. 1143): colla quale decisione l'autore avvalora la sua dottrina.

Non vi è dunque pericolo, prosegue, che il potere esecutivo possa ricevere in persona dei ministri nocumento dal giudizio, posto che lo stesso potere esecutivo deve concorrere ad autorizzarlo. Difatti la garanzia vera che è fatta ai ministri, è il diritto che hanno di essere giudicati dalla Camera dei pari; ivi trovano tutta la protezione necessaria al libero esercizio delle loro alte funzioni: quella protezione che al più umile agente governativo è concessa (benchè in modo meno solenne); al contrario l'accusa è piuttosto un mezzo di attacco contro i ministri.

**329.** Le considerazioni che veniamo a proporre in risposta, non partono dal punto di vista dello Statuto francese ma del nostro messo in armonia con quei principii razionali che crediamo avergli servito di guida.

In amendue i casi da lui pensati, l'Helie intende a dimostrare che si può fare a meno dell'accusa della Camera dei deputati; che i ministri possono essere tradotti in giudizio avanti la Camera dei pari in forza di un'accusa del pubblico Ministero, e nella forma ordinaria; e che la Camera dei pari possiede la giurisdizione competente, o come già investita se, essendo avanti di lei già pendente la causa per altri imputati, avvenga che vi sia involto come complice o correo chi è o fu già ministro; e possiede altresì legalmente la giurisdizione, se mancata l'accusa della Camera dei deputati, venne a questo effetto costituita da un decreto reale.

Poniamo sulle prime una regola e intendiamoci. Noi non parliamo mai che *dei ministri attuali*, non di quelli che furono; se questo formasse equivoco nelle polemiche francesi, che non è bene chiarito, si tolga. La distinzione servirà a scolpir meglio la teoria che noi propugniamo.

La Camera dei senatori poteva essere già costituita con decreto reale per le cause di Stato indicate dall'art. 36 dello Statuto fondamentale. Un ex-ministro, imputato di complicità di quel reato, è tradotto in giudizio avanti il Senato investito della causa principale; il Senato è perciò giudice competente; egli giudica e gli autori principali ed i complici. Il Senato può conoscere anche di quel reato o di quella parte che ebbe nel reato, nel tempo stesso in esso giudica gli autori principali.

Questo avviene semplicemente perchè quel complice o correo non è ministro; ove fosse attualmente ministro, il Senato non potrebbe

conoscere del fatto suo, se la Camera dei deputati non lo avesse già messo in accusa. Io mi pronuncio dunque contro la opinione di Helie.

Io non faccio assegno sulla pendenza del giudizio; ne ammetto la regolarità, ma non posso ammettere che la giurisdizione statuita per uno dei casi dell'art. 36 (*a*), possa estendersi da sè (e per il solo bisogno di estendersi) ad altri casi che hanno d'uopo di una nuova attribuzione di giurisdizione.

Il fatto giuridico attributivo di giurisdizione, trattandosi di ministri, è la dichiarazione d'accusa della Camera dei deputati. In seguito di ciò il decreto reale forma l'alta Corte di giustizia, ma non la crea, la dichiara, le attribuisce semplicemente l'esercizio e l'uso della facoltà che il Senato ha di diritto ma è d'uopo che il potere esecutivo dichiari che il tempo e il caso di applicarla è venuto; e che questa sua giurisdizione abituale, benchè straordinaria, è portata all'atto.

Le basi fondamentali del sistema giudiziario penale si ripetono nel giudizio dei ministri con manifestazioni più grandiose e solenni ma nel giro del medesimo sistema, in relazione agli stessi principii. L'accusa è un diritto prezioso della libertà individuale rispetto alla quale è istituita. In Inghilterra il paese della libertà giudiziaria, *il gran giurì* attesta la importanza di questo istituto. I ministri prima di tutto sono uomini e hanno diritto a quelle garanzie di cui gode ogni altro uomo sul quale cade il sospetto di un gran delitto. In quella qualità di uomini, rispettabile sopra ogni altra, non possono essere trasportati sul banco degli accusati, se l'accusa non è stata formalmente e nei modi legittimi autorizzata. Ciò che è elementare per ogni giudizio di Corte di assise, non è un *gius singolare* pei ministri, bensì non può loro esser negato perchè ministri. Soltanto l'autorità che constata e pronuncia l'accusa è diversa da ogni altra e propria di una speciale condizione di cose: aspetto tutto nuovo della forma ma domina un solo e identico principio.

L'autore nostro chiarissimo ha detto, ed io ne sono altamente maravigliato, che l'accusa è piuttosto *un mezzo d'attacco* contro i ministri; che se ne può fare a meno; che il potere esecutivo non ha di che temere, e viene in sostanza a dire ch'esso è padrone della situa-

(*a*) Per giudicare dei delitti di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato.

zione perchè è per lui che si costituisce l'alta Corte di giustizia ; che la sola vera garanzia dei ministri imputati è la stessa Camera dei pari.

Si comprenderà ora facilmente perchè io spenda tante parole in questo tema e mi occupi a così dire di tutte le sue particolarità. È un grande scampanio di principii, un subuglio, una rotta d'idee! È tutto il rovescio, di quello che disse l'Helie. No, l'accusa non è un mezzo di attacco contro i ministri, quando noi poniamo che i ministri, o qualunque altro che non sia ministro, possano essere tradotti, senz'atto di accusa, in giudizio. Certo ch'egli è meglio non essere accusato ; ma non è meglio essere immediatamente trasportato sull'arena ardente di un dibattimento senza essere accusati. Dall'accusa si può difendere : nel giudizio accusatorio si librano e si discutono pienamente i fondamenti dell'accusa ; e decretata l'accusa, l'accusato è libero e in possesso di tutti i suoi mezzi di difesa ; egli ha dunque la importantissima e preziosa guarentigia di due giudizii : bisogna soccombere in amendue per essere condannato.

In codeste teorie francesi, non si parla che di persone, di governo, di garanzie che hanno gl'impiegati del governo, dei diritti e dei vantaggi del governo nelle lotte giudiziarie. Per noi il diritto penale è assoluto ed uno per ogni imputato ; la legge governa ; i decreti reali non sono in questi casi emanazioni del potere esecutivo ma disposizioni necessarie per eseguire la legge ; e lo stesso potere esecutivo non ha attacchi da temere nè vantaggi da ottenere, essendo perfettamente fuori della sfera dell'azione giudiziaria.

L'art. 36 dello Statuto ha una espressione ben precisa. « Il Senato è costituito... per giudicare i ministri *accusati dalla Camera dei deputati*. Non può dunque giudicare i ministri se non furono accusati dalla Camera dei deputati. Il decreto reale di formazione della Corte di giustizia non è valido che a quella condizione. Il procuratore del re o il procuratore generale non può chiedere lo stato d'accusa di un ministro. Quando invece si ammetta questa facoltà, per essere coerenti, si dovrebbe pure ammettere che la sezione d'accusa può decretarlo, dopo ciò non resterebbe che seguire il solito corso del giudizio delle Assise innanzi al qual tribunale si vedrebbe finalmente tradotto il ministro. Se vi è assurdo nella procedura, e confusione d'ordini giurisdizionali, sarebbe questo. Inoltre, dato che il pubblico Ministero e la Camera dei deputati fossero podestà parallele per agire pe-

nalmente contro un ministro, converrebbe assentire un altro principio correlativo, quello della prevenzione. E il pubblico Ministero, più spedito e più pronto si vedrebbe sempre o quasi sempre pigliare il suo posto ed escludere la giurisdizione della Camera.

Il punto che ci divide è il diverso modo di valutare la essenzialità giuridica della ordinanza reale. Abbiamo già stabilito ch'essa non è attributiva di giurisdizione ma piuttosto condizione d'esercizio; la giurisdizione del Senato procedere dall'accusa che pronunzia la Camera dei deputati. Surrogare la ordinanza reale al decreto d'accusa della Camera dei deputati, inchiude i seguenti pronunciati e le seguenti giuridiche conseguenze; 1° che l'autorità reale è autonoma a fronte di un reggimento costituzionale ; 2° che l'autorità reale è superiore alla legge; 3° che il potere esecutivo o il governo crea le giurisdizioni ; 4° che i cardini fondamentali delle istituzioni giudiziarie sono in balìa del governo che può ad arbitrio mutarli ; 5° che quantunque la legge abbia affidato ai rappresentanti della nazione l'alta facoltà di accusare i ministri, il governo può spogliare questo gran corpo politico della sua prerogativa ; 6° che le guarentigie degli accusati sono inutilmente scritte, e i ministri possono essere tradotti avanti una gran Corte giudiziaria, o senza decreto d'accusa, o per decreto di una autorità, rimpetto alla legge, incompetente, che ha proceduto sulla base di cognizioni imperfette e nel silenzio, in luogo di quell'imponente e solenne giudizio della nazione uscito dalla luce delle discussioni, e nel concorso di manifestazioni pubbliche d'ogni maniera.

Laonde il diritto costituzionale, non so se bene inteso in Francia ma benissimo inteso in Italia, protesta altamente e risolutamente contro quelle dottrine alle quali, per l'autorità degli scrittori, fummo soliti di piegare il capo. Dopo ciò le obbiezioni si mostrano in tutta la loro nudità.

Quanto al dire che una volta investito il Senato del diritto di giudicare la causa, esso apprende e trae a sè i complici e gli ausiliatori del reato fossero anche ministri, attesa la naturale indivisibilità della causa, sotto il punto di vista del nostro Statuto si risponde — che il Senato, costituito in alta Corte di giustizia non *può occuparsi che degli affari giudiziarii per cui fu convocato sotto pena di nullità* (art. 36 dello Stat. alin.) — che per due soli oggetti la straordinaria facoltà è data al Senato — *o per giudicare dei crimini di alto tradi-*

*mento e di attentato alla sicurezza dello Stato, o per giudicare i ministri* — che quando pel primo oggetto il Senato fosse stato convocato, non potrebbe estendere la sua giurisdizione sui ministri col pretesto della indivisibilità della causa: osterebbe la legge — Che persino *a conoscere di questa indivisibilità*, il Senato avrebbe difetto di competenza — che una ragione di convenienza giudiziale, che può esser vera, non vale a rovesciare un sistema eretto sopra fortissime basi di pubblico diritto, dovendosi ritenere che ai legislatori non sia sfuggito qualche inconveniente che poteva nascere (forse inevitabile in ogni sistema) ma abbiano trovato che i compensi del sistema erano senza fine maggiori.

Non sarebbe per certo ufficio dell'alta Corte di giustizia eccitare l'accusa per tirare nel cerchio della sua giurisdizione un imputato di più. Ma il legislatore deve anche aver contato su quegli avvenimenti che non mancano mai di manifestarsi in una data condizione di cose. Svolgendosi il pubblico e solenne processo nel Senato, i sospetti contro i ministri emergeranno in modo da interessare la opinione, da scuotere la stampa sempre attenta, sempre curiosa, e sempre sensibile: e se l'affare è di tanta mole che una dichiarazione, non che di biasimo, di formale accusa debba lanciarsi contro un ministro, state sicuri che la notizia sarà rapidamente comunicata a tutto il mondo politico senza bisogno che il gran magistrato si abbassi a darla, e non sarà per mancanza di opportune notizie che non si muove l'accusa.

È ben meschina la idea dei commissarii che per proprio conto potrà mandare o non mandare al giudizio senatorio la Camera dei deputati. Io per me non intendo questi commissarii creati dalla dottrine francesi: specie di angeli custodi dei diritti dell'accusa. La Camera dei deputati, corpo puramente politico, proferita l'accusa, ha finito il suo compito, e ripugna alla sua dignità il perseguitare l'accusato sino entro i cancelli della giustizia (*a*).

(*a*) Merita appena che si faccia menzione dell'argomento tratto dalla lettera, la *sola* Camera dei pari ragguagliata alla dizione relativa alla Camera dei deputati ove non si legge lo stesso vocabolo di esclusione. Anche il nostro art. 57, parlando dei delitti dei senatori, dice che *il solo Senato* è competente a giudicare dei reati imputati a' suoi membri. Lontano questo articolo dal 57, ove si parla del diritto dei deputati di accusare i ministri del re; non vale rispetto ad esso per modo avversativo, e non ha la menoma influenza sulla locuzione dell'ultimo. D'altronde con quelle parole la legge ha detto abbastanza chiaro che ad altra pode-

b) *Del procedimento.*

330. Le ultime osservazioni ci portano a farne alcune intorno al procedimento che dovrà usarsi in questo straordinario giudizio.

Diremo che in Francia qualche cosa se ne fece; che una procedura preliminare venne per un momento tracciata, e un principio di regolamento apparve.

Nel 1830 Beranger propose uno schema di procedura; e nacque un decreto della Camera dei pari del 4 ottobre di quell'anno. Stanziavasi che gli atti d'istruzione fossero comunicati alla Camera dei deputati onde occorrendo atti e requisitorie relative all'azione venissero fatte, e si ordinava pure la comunicazione del processo terminata la istruzione. Esempii pochi ma solenni si ebbero in Francia di tali giudizii e si vede che realmente la Camera dei deputati inviava dei commissarii a sostenere sino a un certo punto l'accusa.

331. Noi manchiamo e di leggi e d'esperienza. La storia del nostro giovine Statuto è ancora vergine di siffatti giudizii pieni di commozione pubblica e di gravi vicende pel paese. Se il giorno venisse, giorno sempre infausto alla nazione, noi dovremmo pescare nel nostro intelletto una norma di procedura. Per noi sarebbe tosto fissato il punto fondamentale della separazione dei poteri. La Camera dei deputati, proclamata l'accusa, rimane estranea al giudizio. Questo è intimamente proprio della sua natura di corpo politico. L'accusa del ministro fu una manifestazione politica: ed ebbe virtù di porsi a base di un giudizio criminale perchè emanata da un potere che ha questo grado negli ordini del giure costituzionale. Appresso, la Camera non potrebbe mai assumere una ingerenza formale nel giudizio che va a farsi senza cangiarsi in una magistratura giudiziaria. Non troverei inutile la comunicazione negli atti del processo al presidente della Camera dei deputati; se ne potrebbe aver qualche riscontro che giovasse alla cognizione del vero: ma con quanta cautela, con quanto riserbo dovrebbe farsi! Quei brani di un processo che non avrebbe

stà, fuori di quella, non appartiene il diritto d'accusa; giacchè l'assegnazione di una competenza, in diritto giudiziario, è sempre meno una speciale disposizione, la esclusione di una competenza diversa. Finalmente la facoltà dell'accusare i ministri è attribuita alla Camera dei deputati per ragioni sì essenziali di giure politico che non può essere traslocata in altro terreno.

la sua esistenza che in un gran dibattimento pubblico, non si dovrebbero perdio! dare a divorare ai partiti gettandoli in mezzo alla Camera. Badate *che la politica cessa quando comincia il giudizio;* e che la vita dell'uomo è sacra dal momento che versa in estremo pericolo; che il vento delle passioni può avere con maggiore o minor forza sollevata un'accusa ma esso muore contro le pareti di un tribunale; che le nazioni non sono civili che a questo patto che lo stesso art. 36 dello Statuto ha dichiarato — *in questi casi il Senato non è corpo politico.*

332. Non posso ammettere in modo assoluto e senza le opportune distinzioni che *la Camera dei deputati eserciti in tutta la sua pienezza l'azione pubblica* (Helie, n. 1142). Nulla di più pericoloso quanto il procedere per via di similitudine nella definizione dei diritti, e tosto derivarne con magistrale franchezza, applicazioni conformi. È tanto diversa la natura di un corpo politico da quella di un istituto giudiziario; tanto si discosta la condizione della Camera dei deputati e la ragione che è in lei di pronunciare lo stato d'accusa dei ministri, tanto, io diceva, si discosta, dalle condizioni ordinarie di una sezione d'accusa e dalle solite vie dei processi penali che i termini non rispondono più alla sostanza del diritto, e abbiamo bisogno di rifarci nel capo distinte le nozioni di sì variate contingenze.

La Camera dei deputati non *esercita propriamente l'azione pubblica;* molto meno la esercita *in tutta la sua pienezza;* simili espressioni sono completamente inesatte. Si dice esercitare l'azione pubblica quel magistrato che ne possiede l'abituale giurisdizione per determinazione di una legge generale. Si esercita in tutta la sua pienezza quando è libera da ostacoli, da condizioni; e si sviluppa in mano al magistrato sino alle sue ultime conseguenze. Con proprietà e rigore di termini, l'azione penale che nelle sue prime *applicazioni* generò *lo stato d'accusa,* continua e ricompare nelle requisitorie, nelle istanze, negli atti successivi, nelle orazioni e nelle aringhe del pubbliro Ministero insistente per la condanna. È anche sommamente improprio il togliere dal vocabolario giuridico questa formula celebre — *azione penale* o *azione pubblica* — e metterla in giro in una assemblea politica, quasichè ivi s'istituisca una ricerca d'indole giudiziaria allo scopo della penalità, e si spinga l'azione sulla via dell'analisi onde ad un certo punto conoscere se vi siano fondamenti per chiedere lo stato di accusa, o la procedura sia da abbandonarsi.

Nella Camera dei deputati la manifestazione prima, la domanda con cui si apre la discussione, è l'accusa. È per lo più un deputato della sinistra che con voce tonante invita l'assemblea a proclamare questo grande atto. Egli adduce le prove, il che non impedisce che la Camera non possa ordinare delle ricerche e delle verificazioni, ma ciò avviene sempre *dopo la inchiesta*, per appoggiarla o escluderla; non per indagare *a priori* e con una specie d'ufficio inquisitorio i portamenti di un imputato e gl'indizii della reità. È la riproduzione del giudizio accusatorio in tutta la sua solennità e grandezza, con tutti i suoi pericoli, ma non con tutte le sue guarentigie: inevitabile tuttavia e portato diretto degli ordini costituzionali.

333. Sono costretto di fermarmi quasi a discorso sospeso ma entrerei in un campo troppo vasto, proseguendo, in un campo che non è il mio. La legge della responsabilità ministeriale non è ancora fatta e non si farà: la politica è proteiforme, sfugge alle previsioni, sfida i regolamenti, non si può contenere entro certi limiti come le azioni della vita privata; onde nasce quella irresolutezza, quella specie di resistenza della forma a rappresentare il moto di una procedura regolare e la stessa indecisione dei poteri giudicanti. L'Hello in questo proposito diceva. « In quanto alla giurisdizione è impossibile, ne conveniamo, abbandonarla al gius comune; la natura mista del delitto che è morale e ad un politico; che offende egualmente l'ordine costituzionale e la coscienza, i bisogni legittimi dell'amministrazione, le sue necessità particolari; tutto annunzia che havvi da prendere qualche cautela, da fare una scelta. Non saria giusto il lasciare senza garanzia gli agenti inferiori in preda alle persecuzioni dei partiti (*a*); da un altro canto, siccome gli agenti prenderanno di rado l'iniziativa, così l'accusa risalirà quasi sempre all'amministrazione superiore, sulla quale concentrerassi la responsabilità nella medesima proporzione che il potere, ed avverrà che la sanzion penale non potrà trovar luogo se non in questa legge sulla responsabilità dinanzi alla quale s'indietreggia da lungo tempo. Non è forse un avvertimento della Carta e della ragione che alla fine di questo studio la deduzione logica delle idee ci conduca alla responsabilità dei ministri come all'ultimo termine del regime costituzionale? (*b*) ». Io non giurerei nella esattezza

(*a*) Gli agenti inferiori devono esser tutelati da una robusta amministrazione della giustizia.

(*b*) Del reg. costituzionale vol. II, cap. 3, § X, in fin. Traduz. del Vecchi. Per

del corollario; ma certamente vi ha qui dentro una complicazione che oppone il più grave ostacolo ad esser distinta in particolari, ad essere per così dire disciplinata e ridotta a precetti ed a regole.

### III.

### *I senatori giudicati dal Senato.*

(Mangin, *Compendio*, n. 125).

334. Un'alta Corte di giustizia per sentenziare dei reati e delle persone politiche, a noi pare stanziamento lodevole della costituzione, contro la opinione di coloro che la giurisdizione ordinaria credono simbolo di libertà, onde la chiamano universale, e reputano le altre giurisdizioni, che diciamo speciali, esser come parti staccate e divise dal loro centro, e dovere ad essa quandochessia, ritornare. A costo di fare una digressione (che per fortuna sarà assai breve), non deve tralasciarsi di riflettere un poco sopra un principio che influisce su tutta la teoria della competenza.

La giurisdizione è il titolo del giudicare, ossia la podestà. Dividendosi, e separatamente applicandosi, diventa competenza (misura, quantità di giurisdizione). La competenza territoriale è assegnamento di comodo, è distribuita secondo i bisogni e gl'interessi della popolazione: arbitraria, se non in quanto deve corrispondere a quei bisogni e a quegl'interessi: ma la competenza in ordine *alla materia* è alto e difficile concepimento di sapienza civile.

Ogni forma, abbastanza complessa, del diritto realizzabile negli ordini della giustizia, può presentare una materia distinta alla competenza. Ond'è che la varietà delle competenze riflette i concetti fondamentali del diritto in quanto possono rapportarsi ad una data categoria discernibile da ogni altra. Così l'attribuzione delle competenze,

**la costituzione inglese e per le idee relative a questo soggetto, che però non sono compiute e definitive se non relativamente alle materie elettorali, possono vedersi oltre il Blankston, il Franqueville e Brougham, *il saggio sulla destituzione inglese di John Russel*, 1821; *la constitution d'Angleterre. Exposé historique et critique des origines, du développement successif et de l'état actuel de la loi et des institutions anglaises par Eduard Fischel.* Traduz. di *Vogel*. L'illustre Bonghi ha pubblicato nel celebre giornale, la *Perseveranza*, utilissimi studii. — V. più avanti § LXXV.**

che si distinguono con proprii nomi di penale, commerciale, militare, ecc., cessa di essere arbitraria o convenzionale: basa sul diritto, è nella natura delle cose.

Difatti vi hanno leggi e doveri pei commercianti, leggi e doveri pei militari; le obbligazioni della loro condizione o professione. Obbiettivamente l'aspetto del diritto violato si presenta distinto, inconfondibile; non parlo del diritto penale rispetto al diritto civile ove tutto questo è della massima evidenza. Laonde la *qualità delle obbligazioni, lo scopo dei giudizii, e i mezzi* che devono usarsi onde gli atti riparatorii dei diritti violati siano in rispondenza colla natura di essi diritti, col carattere della violazione, e col loro termine oggettivo, sono discernibili in ogni sfera della competenza, e mostrano che non il capriccio degli uomini ha create quelle divisioni ma ch'elleno sono necessarie.

Eppure la giurisdizione civile abbraccia una quantità senza numero maggiore di materie; tutte quelle che non sono rassegnabili a competenze speciali. Perchè non potrà chiamarsi giurisdizione universale? (a). Solo perchè non si faccia centro delle giurisdizioni; solo perchè le altre non siano tenute per eccezionali, o fors'anche privilegiate; e perchè non si creda legge di civiltà giudiziaria il fondere, se fosse possibile, ogni altra giurisdizione nella civile.

335. Con siffatti pensieri nella mente, non si può dunque avversare la costituzione di un gran tribunale speciale ai reati dei ministri. Noi lo abbiamo approvato (V. numero precedente), e in questo capitolo sono tracciate le ragioni generali. Si vede bene che qui noi parliamo in massima senza occuparci dei modi onde possono essere formati quei grandi tribunali. Non piacerebbe a noi (se non siamo troppo schivi) di erigere in tribunale un corpo politico, sia pure il deposito e l'areopago di tutto il senno nazionale come il Senato. Ma che dovrà dirsi della giurisdizione speciale creata a favore dei senatori?

Qui entra un altro ordine d'idee; *Creare al diritto condizioni giudiziarie corrispondenti* è determinazione che ha il suffragio della ragione e della scienza. *Creare condizioni giudiziarie alle persone*, e per le persone, ciò muove giustamente la critica. Io rispetto la legge; sono convinto che non si è pensato di fare ai senatori un privilegio,

(a) Comment. Cod. proced. civ. sardo, V. 1.

e non si ebbe in vista un favore personale quando si scrisse l'articolo 37 (a). Un interesse meno nobile di quello della giustizia si travede in quella disposizione: è l'interesse dello Stato. Si crede dell'interesse dello Stato che il maggior corpo politico sia mantenuto nello splendore che gli conviene col circondarlo di decoro e di rispetto. La prerogativa della giurisdizione sui proprii membri è suggello di quest'alta posizione per la quale eccellenza sovrasta ad ogni altro corpo dello Stato e persino alla Camera dei deputati.

La critica però è ardita di osservare che tali ragioni, le sole io credo che si possano addurre, tengono all'estrinseco forse più che non bisogni, e che la idea aristocratica non si nasconde abbastanza sotto il preteso interesse dello Stato. È impossibile sfuggire alle reminiscenze della storia onde si origina questo diritto del giudizio dei pari (b). E perciò è impossibile eliminare la idea di un privilegio personale in grazia della condizione alla quale siamo elevati, posto che non si tenga dalla nascita. La consacrazione di questo diritto rimonta ad epoche troppo anteriori alla civiltà per credere che sia un portato della civiltà, o sostenere che ad essa corrisponda perfettamente. L'interesse dello Stato riposto in ciò che i membri di un corpo, sia pure degnissimo d'onore, non siano giudicati che dai colleghi e da quelli che hanno comune la posizione medesima, si pretende essere effimero più che altro; e si mantiene all'opposto che non è questo il vero interesse dello Stato, che è sempre e poi sempre quello della giustizia. Ora alla giustizia può benissimo convenire che a' maggiori e straordinarii reati siano statuiti tribunali appositi e speciali, come più sopra si ritenne; ma allorchè si prescinde dalla natura del reato, e la giurisdizione si fa puramente contemplativa delle persone, l'interesse della giustizia non c'è; ma in quella vece pericolo grandissimo per la giustizia. È letterale che l'art. 37 non distingue fra reato e reato di senatori, onde taluno potrebb'essere imputato del più orrendo assassinio estraneo ad ogni motivo politico; di corruzione e di rapina di danaro e simili reati affatto comuni (e mi auguro che mai non avvenga), è tuttavia ne sarebbe giudice il solo Senato. Si dubita assai se i colleghi siano i migliori giudici dei proprii colleghi, e la giustizia si pesi colla bilan-

(a) « Fuori del caso di flagrante delitto, niun senatore può essere arrestato senz'ordine del Senato. Esso è solo competente per giudicare dei reati imputati ai suoi membri ». (Art. 37 dello Statuto).

(b) V. MEYER, *Inst. giudiz.* t. II, lib. IV, cap. XI.

cia dell'oro. È questa la uguaglianza di ogni cittadino innanzi alla legge? Lascieremo ad altri il giudicarne (a).

## IV.

### *Dell'azione penale contro i deputati.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 126).

336. Nessun deputato può esser arrestato, fuori del caso di flagrante delitto, nel tempo della sessione, nè tradotto in giudizio in materia criminale senza il previo consenso della Camera. (Articolo 45 dello Statuto).

La inviolabilità della persona del deputato è stabilita nell'interesse della cosa pubblica onde qualche imputazione temeraria non venga a colpirlo e quasi a strapparlo improvvisamente dal seggio per farlo entrare in una prigione. Un ordine azzardato (non mancano esempi) al quale non furono estranei i dispetti politici, minaccia il deputato, e ricopre una vendetta o simula il mezzo di allontanare una discussione pericolosa o tende a far cadere nel disonore una influenza temuta. La Camera deve esaminarlo quest'ordine d'arresto; il *consenso* che da lei si richiede all'arresto è una protezione; non però è un privilegio, ed oggettivamente non punto un favor personale. È una cautela contro un pericolo che la condizione stessa di deputato può suscitare; è una garanzia data ad uomini che s'impongono fatiche e sagrificii per il bene della patria onde tutto ciò non ridondi in loro danno e rovina; è la custodia della propria integrità che un gran corpo politico ha diritto di mantenere finchè per se stesso non riconosca che alcuno de' suoi membri non debba essere abbandonato ai rigori della giustizia.

(a) In Francia quella espressione della Carta costituzionale — *en matière criminelle* — lasciava dubbio se i semplici *delitti* dei pari meritassero loro la privilegiata giurisdizione; ma fu deciso in senso affermativo ritenendosi compreso nel favore della legge ogni fatto soggetto a pena. (*Arr. de la Cour des paires des 24 nov.* 1830 *e* 20 *sept.* 1831, MANGIN, n. 147).

È stato anche ritenuto che bastasse avere la qualità di pari quando fu commesso il reato perchè la Camera dei pari fosse competente a giudicarne, avvegnachè all'epoca del giudizio, l'imputato avesse perduto quella qualità. (*Arr. de la Cour des paires des 24 nov.* 1830 *e* 20 *sept.* 1831). Ciò è conforme ai principii del diritto giudiziario.

337. La legge parla di *materia criminale:* ma stimo abbia voluto comprendere ogni arresto non esclusa la materia correzionale, giusta la teoria che in Francia valse rispetto ai giudizii della Corte dei pari (nota al precedente n. IV). Concorre la stessa ragione. Si aggiungo fortissimo argomento, tratto dall'art. 46, che dispone non potere il deputato, durante la sessione, essere arrestato *per debiti*.

338. Se la formula potesse mitigarsi, se alla espressione *consenso della Camera*, potesse surrogarsene un'altra, che non inchiudesse sì apertamente l'elemento della spontaneità, il decoro della istituzione ne andrebbe con vantaggio. Non dico la sostanza della cosa, fermo nel credere che la Camera sentirà che la sua adesione non è che la osservanza del diritto, e nel diritto nulla è spontaneo, nulla è che possa ad arbitrio ricusarsi.

Mettendo a confronto le due istituzioni, quella che riguarda i senatori, e l'altra che riguarda i deputati, si è colpiti dalla diversità del carattere storico (piglio con proposito questa frase), che in esse si dipinge. Il tipo della prima è assolutamente di altri tempi; è di quella moneta alla quale non resta più che il valore edittale, e finisce col passare nelle collezioni. Se avesser un valore intrinseco, eziandio pei deputati dovrebbe spendersi. I deputati non sono in una posizione meno elevata o meno onorevole dei senatori nella linea dei grandi poteri dello Stato; e certo farà maraviglia a molti, e non s'intenderà perchè questi e non quelli abbiano il privilegio di essere giudicati dai pari. La ragione si è che la prima è una istituzione antica, di quella antichità che il tempo abolisce; la seconda è una istituzione che senz'essere forse del tutto necessaria, è messa utilmente in rapporto colle idee del diritto pubblico contemporaneo (a).

La confidenza che non è ancora piena e perfetta nella giustizia commune, verrà, e sarà un bel giorno. L'assoluta indipendenza del potere giudiziario formerà il suo elogio. Allora esso toccherà quell'altezza di grado che gli conviene. Imperocchè non si è ancora totalmente purgato presso noi di quell'odioso sospetto che lo preme continuo nelle leggi francesi, e lo rese in gran parte vassallo del Governo; specie di vassallaggio istaurata col diminuire la libertà dell'azione giudiziaria e coll'aumentare di tanto le facoltà del potere esecutivo. Laonde il governo si fece in certo modo il protettore, il patrono dei suoi impie-

(a) Ho date le ragioni di questa differenza nelle trattazioni precedenti.

gati, dei suoi funzionarii ; il vigile custode delle incolumità amministrative, per allontanare ogni curiosa entratura del magistrato giudiziario; si vantò la necessità della indipendenza del potere esecutivo, che si ottenne, a spese, ben s'intende del potere rivale, nè poteva essere altrimenti ; e si costituì il Ministero pubblico di maniera che fosse per esso assicurata al governo una influenza, legittima nella intenzione, ma nell'effetto umiliante, pericolosa, e qualche volta oppressiva.

In quell'unico paese d'Italia in cui si serbò fede agli ordini liberi, in quel nobile paese al quale volgiamo pensieri di riconoscenza, di affetto, di ammirazione, le libertà costituzionali furono meglio intese che in Francia, prim'ancora che le idee di diritto pubblico ricevessero un nuovo slancio nella ricreazione nazionale. Ma delle cose a fare ce ne restano ; certe importazioni storiche ricevute con una riverenza tradizionale, daranno conto di sè ; si vedrà se abbiano un valore effimero o reale; se siano fondate nelle condizioni normali del paese, e se gli onori che si arrecano siano poi coronati dalla opinione pubblica.

## § LXXV. — *Alcune osservazioni sul sistema inglese.*

339. Gl'Inglesi parlano di privilegi con più franchezza di noi. La loro aristocrazia parlamentare è una vera aristocrazia. La Camera alta o la Camera dei lord tanto più si distacca dal popolo quanto più si solleva verso una grande oligarchia frenata e tenuta a segno, e nella sua potenza resa utile e benefica dal contrappeso della costituzione (a).

(a) BLAKSTONE, *Comment. sur lois angl.* 4, *Edit. d'Oxford, vol. I, ch. II.* Così discorre sulla Camera dei pari. « La distinction des rangs, et des dignités est nécessaire en tout état bien gonverné, afin de recompenser de la manière la plus flattense pour les individus, cenx qui se distingnent par des services rendus à la patrie, sans les rendre a charge de l'état en excitant dans les uns une ambition louable, ou une émulation ntile dans les autres... Un corps de noblesse est encore plus essentiellement nécessaire dans une constitution mixte telle qne la nôtre, *afin de soutenir les droits de la couronne et du peuple, en formant une barrière contre les usurpations de l'une et de l'autre.* — *Seguita da ciò che*, des titres de noblesse étant donc si nécessaires dans un État, il s'ensuit qne ceux qui les possèdent, doivent former une branche de la législation, indipendente et séparée des autres. — Questo concetto si *riferisce alla legislazione interna*, al diritto di cono-

A questo privilegio della nascita del censo e della ricchezza si profonde un ossequio, una riverenza istintiva che resterà sempre un fatto reale nel mondo malgrado tutte le dottrine democratiche. Ciò che bisogna *democratizzare è il diritto* (*a*), non già la gerarchia nè la nobiltà; distinzioni sociali necessarie, e se non abusate, rispettabili sempre.

È un singolare contrasto quello che si rileva in questo soggetto fra le idee inglesi e le francesi.

La preoccupazione dei Francesi è il temuto estendersi del potere giudiziario sull'esecutivo. In Inghilterra sono temute *le usurpazioni della corona e del popolo* (V. la nota): e la nobiltà vi sta di mezzo, corpo conservatore, destinato a mantener l'equilibrio. È un punto di vista ben più elevato, abbracciando, a così esprimermi, tutto l'orizzonte della costituzione. È un concetto fondamentale che ritrae gli elementi essenziali della costituzione medesima. Ma è ancora più notevole, essere quel concetto stabilito nella onnipotenza della realtà. Non vi è nulla di speculativo in tutto questo: la società inglese è così e dev'esser così. La Camera alta è una potenza, una vera potenza non perchè sia la Camera alta, ma per le forze che la compongono. Non vi sarebbe a ver dire bisogno di leggi e di regolamenti: in Inghilterra la Camera alta sta da sè, ha una vita che è sua, una importanza nè legale nè convenzionale, ma naturale; corpo non costituito e senza occupare un posto sì bene disegnato e distinto negli ordini della costituzionalità, sarebbe una classe, una casta se vuolsi, ma che eserci-

scere della elezione dei proprii membri, ecc. Ciò che interessa, è intendere il celebre storico della costituzione inglese intorno al tema che ci occupa. — Quiconque aura été élu membre de la Chambre basse pour le peuple, *pourra, malgré cette élection, sur une plainte portée contre lui être jugé par sa Chambre respective, être déclaré incapable et indigne y siéger en qualité de membre de l'une ou de l'autre.*

Il Blakstone accenna dei privilegi dei membri del Parlamento ch'esso reputa tanto più preziosi quanto *più sono indefiniti* per una ragione che interessa più della notizia stessa. « Les privilèges du Parlement sont aussi fort étendus et presque indéfinis; ce qui a fait dire que le principal privilège de ce même Parlement consistoit en ce que ces privilèges n'étaient vraiment connus que par le Parlement seul ». *Ils furent établis, non seulement pour empêcher que ses membres ne fussent molestés par les citoyens, mais encore plus particulièrement pour les mettre a l'abri du pouvoir de la couronne.*

(*a*) Intendiamoci: amministrare a tutti il diritto ugualmente, e non farlo piegare a servigi di persone o di classi.

terebbe presso a poco lo stesso ufficio sociale di limitare ad un tempo i diritti della corona e le esagerate pretensioni del popolo. E ciò deriva e dalla sua naturale collocazione quella, intendo, che in ogni paese è proprio della nobiltà; e più che dallo splendore e dalla ricchezza, dalla grandezza dei nomi, congiunta alla eccellenza del senno politico. Una nobiltà legale, bisogna persuadersi, non ha lo stesso peso negli affari del mondo. Questa è condizione dell'Inghilterra, e di lei sola, io credo per ragioni che potrebbero anche spiegarsi ma richiederebbero troppo lungo discorso.

Le diffidenze francesi sono di minor momento, e si aggirano nel cerchio della Carta costituzionale. Osservabile però che quello che non si crede abbastanza forte è il potere esecutivo col quale congiura il legislativo per tarpar le ali a un terzo, che è il giudiziario: al quale gli scrittori francesi, generalmente parlando consentono che non sia attribuito quel nome (*a*). In Inghilterra l'aristocrazia ha o si assume una missione liberale; in Francia il governo lotta colle libertà del paese per trarre a sè la maggior parte di potere possibile.

Lo storico osserva che i *privilegi indefiniti* della Camera sono i proprii e veri privilegi, potendosi estendere senza misura (V. nota sopra). Anche queste cose possono dirsi in Inghilterra e mettersi in atto senza pericolo di serio abuso.

Intanto continua Blakstone, questi medesimi privilegi *si contrarii alla legge comune* (sono sue parole) non sono tollerati che allo scopo *che i membri del Parlamento non siano tolti ai pubblici affari*. Ma ogni privilegio di questa natura cessa cessando le sedute parlamentarie, eccetto quanto riguarda la libertà personale che nel pari è sempre inviolabile, e lo è pure nei membri della Camera dei Comuni, sino a quaranta giorni dopo la proroga del Parlamento, e altri quaranta avanti la prima tornata (*b*).

Quanto ai crimini e grandi misfatti, reputa lo storico che il man-

(*a*) V. ciò che si è scritto nei §§ XI, XII, XIII.

(*b*) Osserva l'autore che ciò vuol dir — *sempre* — raramente prorogandosi il Parlamento più di ottanta giorni ad un tratto. Gli altri privilegi che impediscono il corso ordinario della giustizia cessano, sciolto o prorogato il Parlamento, e anche se sia prorogato oltre quindici giorni (Blakstone). Un negoziante deputato, può esser chiamato in giudizio per un debito non minore di cento lire sterline, non soddisfacendolo nel termine di due mesi, sarà giudicato come caduto in bancarotta, e soggetto a processo relativo (ivi).

tello di lord della Camera alta o di membro della Camera dei comuni non ricopra abbastanza, indicando esempii di tali persone proscritte, e menate in carcere e giudicate duranti le tornate e coll'approvazione del Parlamento. Nell'anno 1763 le due Camere dichiararono che chiunque scrivesse o pubblicasse libelli sediziosi, non godrebbe dei privilegi parlamentari (a).

## § LXXVI. — *Del diritto d'azione pei reati dei ministri del culto.*

(Mangin, *Compendio*, n. 127).

340. In Francia il giudicare degli abusi commessi dagli ecclesiastici nell'esercizio del loro ministero, era attribuzione del consiglio di Stato. Ciò veniva stanziato negli articoli 6, 7 e 8 della legge 18 germinale anno X. Quella legge guarentiva ai ministri della religione il libero esercizio delle loro funzioni; era del tutto consono che quello stesso potere protettore s'incaricasse di conoscere degli abusi. Il consiglio di Stato o terminava l'affare amministrativamente, o autorizzando il procedimento giudiziale lo rinviava al tribunale competente, e questo era il tribunale ecclesiastico.

Quella legge che ebbe la più importante significazione politica nel tempo in cui nacque, parve cadere abrogata dal decreto imperiale del 25 marzo 1813 (Bollettino delle leggi di quel giorno) (b). Napoleone lo proferì *ab irato* dopo il concordato di Fontainebleau. Nell'art. 5 di quel decreto *les appels comme d'abus* erano portati alla cognizione delle Corti imperiali; e la disposizione avrebbe l'aspetto di liberale, e sembrerebbe più conforme al diritto, ma non era questo il benevolo intendimento dell'imperatore. Il consiglio di Stato si considerava come un potere protettore al quale dovevano saper grado gli ecclesiastici che sotto il peso di una imputazione criminale venivano in certo modo raggnagliati ai pubblici funzionarii. Abbando-

(a) Sono privilegi dei lord della Camera alta, di potere andando al Parlamento o ritornando pei boschi reali, uccidere due cervi; far procura ad altro lord per emettere il voto, in assenza di lui; tutti i bill che potrebbero influire sui diritti della paria non potere emanarsi che dalla Camera alta e rimanere immutabili, ecc. (Blakstone).

(b) Fu la opinione di Merlin., *Qu. de droit*, V. *abus*.

nandoli alla giustizia severa ed imparziale delle Corti, l'imperatore voleva in effetto privarli di una posizione favorevole.

Ciò è detto più per mostrare lo spirito originario della istituzione che per tener conto di un decreto che o non ebbe mai vigore, o non fu rispettato dalla ristaurazione.

Intanto gli ecclesiastici, come tutti gli altri cittadini, devono rispondere dei delitti che commettono innanzi alla legge penale comune. Accadendo che quei delitti siano stati commessi, nell'atto o per occasione del sacro loro ministero, avrebbero potuto quegl'imputati tradursi ai tribunali ordinarii, senza l'intervento del consiglio di Stato? In altri termini, simili fatti erano da annoverarsi fra quelli contemplati negli articoli organici, e che si arrecano per loro natura alla giurisdizione del consiglio di Stato?

Qui sorse fra gli scrittori una questione nella quale, al solito, non toccò al Mangin di sostenere la parte più liberale.

341. Ben è d'accordo questo illustre uomo nel ritenere che l'articolo 75 della costituzione dell'anno VIII, non era da estendersi ai ministri del culto. Quell'articolo non parla e non dispone che dei funzionarii dello Stato contro i quali non si può procedere criminalmente senza l'autorizzazione del consiglio di Stato. È pure d'accordo che i fatti preveduti dall'art. 6 della legge 18 germinale non sono delitti nel senso e per gli effetti del Codice penale (a).

Malgrado tali concessioni, il Mangin è fermo nel credere che in verun caso potessero i tribunali ordinarii giudicare degli atti delittuosi ai quali l'ecclesiastico si abbandona nell'esercizio stesso del sacro suo ministero, se non fosse il procedimento autorizzato dal consiglio di Stato.

A sostenere la tesi, giova allo scrittore rammentare lo spirito onde

(a) Giova avere sotto occhio l'art. 6. « Il y aura recours au conseil d'État dans tous les cas d'abus, de la parte des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont: l'usurpation ou l'excès de pouvoir: la contravention aux lois et réglements de la république; l'infraction des règles contractées par les canons recus en France; l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'église gallicane, et toute entreprise ou tout procédé qui dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou en injures, ou en scandale public ».

Vedremo qual parte sia stata dai nostri legislatori trasportata nell'art. 268 del Codice penale.

s'informavano tutte quelle leggi; quale importanza si annettesse, quale scopo avesse in mira il governo francese. Egli voleva dominare tutto l'affare, vederci ben dentro, e guidarlo a sua posta e secondo i suoi vantaggi. Ottimo intermediario era il consiglio di Stato che gettava il manto della propria indipendenza sulla responsabilità del governo (*a*).

Ritiene il Mangin che uomini ch'ebbero mano in quella legislazione non potessero si fattamente sconoscerne lo spirito per dare, diciamolo in una parola, agli articoli organici un senso tanto liberale.

Ma che il consiglio di Stato fosse investito della intera cognizione, delitto o non delitto, è per lui significato nel testo medesimo degli articoli, poichè dopo essersi detto « les cas d'abus sont l'usurpation ou les excès de pouvoir, la contravention aux lois et réglements de la république (art. 6) », si viene poi dicendo che l'affare sarà terminato nella forma amministrativa *o rinviato, secondo i casi, al tribunale competente*, onde comprende *anche i delitti*. L'art. 6 non pronuncia, è vero, questa parola, e ciò per la ragione che i *fatti d'abuso* non sono mai stati enunciati che in un *modo generico*. (FAVARD DE LANGLADE, *Rép. de la nouvelle legislat.* V. *abus*). E nell'ultimo non sono che *abusi* i delitti degli ecclesiastici nell'esercizio del loro ministero.

L'art. 8 dell'atto organico prevedeva il caso in cui il fatto d'abuso avesse pregiudicato l'interesse del privato che abilita a ricorrere al consiglio di Stato; prevedeva il caso in cui il fatto d'abuso avesse pregiudicato l'ordine pubblico, e ingiungeva al prefetto di porre di ufficio il ricorso al consiglio di Stato. Mangin fa questo richiamo per concludere che in ogni caso si doveva far capo al consiglio di Stato; e non aver solido appoggio la distinzione che parve mettersi per un momento avanti dalla Corte di cassazione (*b*), fra gli abusi della prima e della seconda specie. Così quel magistrato supremo pensò che i fatti d'abuso che portano turbazione all'ordine pubblico fossero *delitti* contro i quali poteva d'ufficio procedere il Ministero pubblico,

(*a*) Perchè al nostro consiglio di Stato si dee dar lode di vera indipendenza? Perchè fu *sinceramente* costituito nel *sincero* intendimento della libertà; perchè la influenza del potere eligente si fa inevitabilmente sentire negli eletti; il governo francese voleva esercitarla questa influenza dalla quale si tien mondo il nostro governo sinceramente costituzionale; perchè la politica e la giustizia andavano colà troppo confuse, e troppo spesso facevano causa comune.

(*b*) Arr. 25 août 1827 e 28 mars 1828.

messo in disparte il consiglio di Stato. Se quello fosse veramente atto d'indipendenza, io ne dubito; ma il nostro Mangin, temendo non lo fosse, e non si volesse con ciò rialzare alquanto il depresso ordine giudiziario, è pronto a dire che bisogna ben ricordare colle parole di Favard de Langlade « la loi a voulu que la police *des cultes restât dans les mains du gouvernement comme faisant partie de la police generale de l'État* (a).

Per combattere ancora quella distinzione, Mangin ci fa sovvenire che il Codice penale nacque in quel tempo e sotto la influenza di quelle idee politiche; e che gli art. 201 e 204 di quel Codice avevano realmente un carattere da eccitare il disordine pubblico (b). L'imperatore non era uomo da fidarsi dei tribunali, nè da abdicare a quella polizia che esercitava col mezzo del consiglio di Stato.

## § LXXVII. — *Continuazione.*

342. Secondo Mangin, tutti i delitti commessi dagli ecclesiastici *nell'esercizio del sacro loro ministero*, sono abusi dello stesso ministero; e si confondono necessariamente coll'esercizio sacerdotale.

Uno scrittore posteriore e speciale, al quale non può negarsi il merito di rappresentare un qualche progresso della scienza, respingendo esso pure con Mangin la distinzione che la giurisprudenza introdusse con sì poca ragione, reputa però che si debbano sottrarre alla cognizione ed anche all'intervento del consiglio di Stato i fatti di delitto dichiarati dagli articoli 201 a 204 del Codice penale francese, e fa un ragionamento notevolissimo (c).

L'ecclesiastico si rende responsabile verso le leggi penali dello Stato, o come colpevole *d'abuso*, o come colpevole *di delitto*.

(a) Quel reggimento è ben tratteggiato da Mangin, bisogna convenirne; ma bisogna anche convenire che gli scrittori francesi, almeno di quell'epoca, non sono i più meritevoli di essere invocati (come si fa comunemente) nelle applicazioni del nostro diritto pubblico.

(b) Discorsi diretti a censurare gli atti del governo, le leggi, le ordinanze reali; discorsi provocanti la disobbedienza delle leggi, o a sollevare e armare i cittadini spingendoli alla guerra civile; scritti contenenti istruzioni pastorali che portassero simili censure e provocazioni.

(c) Helie, *Trait. de l'action pen.*, n. 1225 e seg. concordando Demolombe, numero 723, e una decisione della Corte di Bensançon, 11 janv. 1841.

**343.** L'atto organico, e i più volte citati articoli, provveggono in generale all'abuso; e per abuso s'intende quelle usurpazioni, o quel sistema di usurpazioni, che il ceto ecclesiastico prende volontieri a scapito del poter civile; sistema che distingue più che altra setta, quella della curia romana. Era l'eccesso della giurisdizione ecclesiastica, e le sue invasioni più o meno patenti nel campo agognato della podestà civile, che si volevano respingere e proscriversi con singolari note di biasimo e con espressi editti del poter civile, affinchè dove il sacerdozio tramava, sordamente minando il potere civile, ivi questo potesse affermare solennemente e autorevolmente se stesso, e fare atto di possesso a fronte di un potere eternamente rivale. *L'appellatio ab abusu* non aveva altro significato (a) ed era la vecchia lotta che minaccia durare chi sa quanto fintantochè almeno il mondo di Dio e quello di Cesare non si dividano nettamente (b).

Questa considerazione di Helie è precisa e vera, e noi possiamo sostenerla eziandio col nostro stesso diritto che più del diritto francese ha coscienza di sè.

**344.** Il consiglio di Stato « pronunzia in assemblea generale sui provvedimenti relativi alle attribuzioni rispettive della podestà civile ed ecclesiastica » (Art. 19, della legge sul consiglio di Stato). L'articolo 20 discorre della procedura, e dichiara che « il Consiglio pronunciando sulla istanza, sul rapporto e sulle conclusioni del pubblico Ministero, rimuove l'ostacolo dell'atto abusivo, o lo annulla, secondo i casi, e rimette le cose nello stato precedente ». Poi l'art. 21 « Può inoltre il Consiglio, se n'è richiesto, pronunciare sui sequestri di temporalità e sugli altri atti provvisionali di sicurezza generale. In caso d'urgenza può, sugli atti provvisionali, pronunciare la sezione di grazia e giustizia degli affari ecclesiastici ».

(a) E come disse il Bourdin procuratore generale del Parlamento di Parigi; « *appellatio ab abusu*, quod judex ecclesiasticus, dum sibi partes vindicare conatur judicis laici, contra leges et statuta regia jurisdictione sua abutantur ».

(b) In ciò la rivoluzione e l'impero non fecero di più che principi cattolicissimi e piissimi d'altro tempo non facessero, fra i quali giova ricordare Emanuele Filiberto, l'eroe di S. Quintino e il suo regolamento del 1560; e con essi la storia dell'*Exequatur*, che lasciando tutto l'onore dell'aggressione alla curia ecclesiastica, mostra che i principi stanno semplicemente sulla difesa.

Vedi — *Chiesa e Stato* — dell'avvocato Giuseppe Riminesi (cap. XIX), *Torino Stamperia dell'Unione Tipografico-Editrice* 1865, una delle più notevoli produzioni che siano uscite negli ultimi tempi su quella materia di tanto interesse.

Per noi la distinzione fra questi fatti che cadono sotto la giurisdizione del consiglio di Stato, e quelli dell'art. 268 del Codice penale, è tanto esatta ed evidente, che non è chi ne faccia soggetto di controversia. Faustin Helie non aveva legislazione così limpida nel suo dettato, ma colse nonostante nel segno (a). Gli abusi rilevati negli articoli organici erano propriamente quelli della casta, del corpo, della società ecclesiastica ; ma potevano anche a dir così *concretarsi* in delitti degl'individui. Era allora che il consiglio di Stato rimetteva ai tribunali la causa perchè ne sentenziassero come di ragione. Si provvedeva dunque al fatto dell'abuso, si riparava, si annullava, si rivendicava al potere civile il suo diritto; nei tempi anteriori, i commettitori dell'abuso, i delinquenti, come si direbbe, erano corretti disciplinarmente dalla superiorità ecclesiastica. Perciò lo Stato credeva di poter fare a meno di leggi penali proprie all'effetto di punire simili delitti.

È vera dunque la osservazione di Mangin che gli abusi degli ecclesiastici segnalati negli articoli organici implicassero dei veri delitti nel senso che quegli abusi potevano spingersi al segno da diventare delitti, ma non era vera la conseguenza che ne volea dedurre. Ci sarebbe stato, verbigrazia, un abuso quando la curia ecclesiastica interpretando in proprio favore, e contro la ragione delle cose, un diritto beneficiario avesse preso un possesso che non le competeva. E di tali esempii possono addursene a iosa ; e tutto giorno si presentano ne' tribunali. Questi non sono delitti. Entrano nella categoria dei delitti quelle azioni che da certa malizia e pertinacia accompagnate producono un danno, uno scandalo che dev'essere represso, offendono la legge d'ordine esterno e la coscienza pubblica. Per altro a diventare delitti quei fatti dovevano mostrarsi con questi caratteri;

(a) Io credo bene che la confusione sia nata dal dettato francese. La nostra legge si è limitata ad alcune idee e ad alcune forme generali. Il consiglio di Stato decide i conflitti. La misura e il limite delle attribuzioni rispettive fra la potestà civile e la ecclesiastica ; male intesi o male praticati da una parte o dall'altra, fanno sorger dei conflitti. La nostra legge amministrativa non esordisce dall'abuso, e dal fatto colpevole, come la francese : questo è il linguaggio del Codice penale. A lei basta che sorga il conflitto ; essa deve denunciarsi al consiglio di Stato per parte del governo e di chi lo rappresenta. Ecco tutto. Il consiglio di Stato *pronunzia provvedimenti*, sequestri — provvede in somma — non decide il diritto : questo è cómpito dei tribunali. Quanto è progredita la legislazione d'allora in poi !

e in seguito di tale manifestazione, il potere amministrativo, provveduto al disordine *reale*, mandava a giudicar le *persone* al tribunal competente.

345. Procedendo le cose, il potere civile trovò necessario di richiamare a sè la punizione dei delitti degli ecclesiastici, e gli art. 201 a 204 furono scritti nel Codice penale. Le due disposizioni rimasero estremamente compatibili benchè per indole loro separate; il consiglio di Stato continuò a *regolare i diritti;* l'autorità penale *giudicava i delitti.*

Nè l'autorità penale si tenne obbligata di sospendere i suoi atti per aspettare una decisione del consiglio di Stato, neppure quando il caso si presentasse dubbio e misto di civile e di criminale, e riserbò a sè di esaminare e sciogliere il dubbio per ritenere o rimandar l'imputato. L'autorità penale era nel suo diritto.

346. La nostra legislazione si è portata più avanti.

Primieramente, come sopra si osservò, non ha adottato quella formula intricata e complessa, gettata nello stampo degli articoli organici, scritti sotto la impressione di un grave pericolo, e dov'era necessario preveder tutto. Abbiamo visto con quale dignitosa parsimonia si espressero gli art. 20 e 21 della legge sul consiglio di Stato.

E invece si estrassero le materie, essenzialmente delittuose, e si portaron negli articoli penali. Oltre i *discorsi*, l'art. 268 si occupa anche dei *fatti atti ad eccitare il disprezzo e il malcontento* contro le istituzioni e le leggi dello Stato; e di quelli *che per indebito rifiuto dei proprii uffizii turbano la coscienza pubblica o la pace delle famiglie:* modi negativi ma di gravissimo effetto in mano al prete politico che specula diabolicamente sulla fede dei buoni cristiani. E con ciò fu tolta via la confusione già ravvisata negl'istituti francesi: e il delitto venne fuori coi suoi veri ed espressi caratteri, e non si trattò più che di applicare la legge penale.

Si potrà bene coll'atto della mente separare la Chiesa dallo Stato, ma non potendosi privare la società ecclesiastica della sua azione esteriore, resterà sempre a combinarsi una folla di rapporti fra essa e lo Stato. Non è per via di concordati che lo Stato deve regolare tali rapporti, bisogna bene persuadersi di questa grande e mal nota verità. I concordati sono veri trattati fra due potenze indipendenti, e hanno assunto quel nome speciale quando queste due potenze indipendenti sono la chiesa romana ed uno Stato qualunque, se non che

simili trattati non sono fondati come i politici sulla base della corrispettività, e sembrano poggiare su cause meno obbligatorie per natura loro. Sarebbe tuttavolta errore il credere che i concordati non siano una cosa grave e seria e non contengano per amendue le parti un vincolo di diritto (a). La chiesa e lo Stato s'impegnano moralmente, e promettono la loro buona volontà di adempiere al concordato.

(a) La Corte di cassazione alla quale ho l'onore di appartenere, nella sua decisione del 5 agosto 1865, sopra ricorso del regio economato generale contro il sacerdote Vola, ebbe a fare una delle grandi applicazioni dell'art. 18 dello Statuto in soggetto di beneficii vacanti. Alcuni principii toccano alla questione teorica che vengo discorrendo di passaggio nel testo. Ivi è detto, parlando dei concordati... nel progresso irresistibile delle umane cose, anche delle nazioni si maturano i destini. Il principato stesso le chiama al libero governo di se medesime; ed esse emancipate o risorte rivendicano nella loro pienezza i diritti e l'indipendenza civile del potere sociale; chiedono conto della soverchia potenza, della ricchezza territoriale del clero, e pretendono che la ricchezza territoriale, qual forza politica ed economica, sia interamente assoggettata alla podestà dello Stato; reclamano contro le immunità dai tributi (enorme privilegio) contro il diritto di asilo, contro le immunità delle giurisdizioni comuni; ed al cospetto del diritto nazionale cedono i privilegii; *coi privilegii cadono i concordati che li stabiliscono perchè mutate sono le condizioni sociali — perchè quegli ordini antichi, ai quali i concordati si erano accomodati, scomparvero — perchè sorge un nuovo ordine di cose col quale gli antichi istituti risultano incompatibili.* Nè per questo si dirà che il sistema dei concordati cessi di essere il mezzo più appropriato a regolare i rapporti *tra la chiesa cattolica e il potere civile che la dichiara religione dello Stato.* L'autorità della fede e la libertà filosofica, che nella vita sociale assume la forma e i diritti di libertà politica, di libertà di coscienza, d'indipendenza del governo civile, sono due principii innati nella umanità, che coesistono indistruttibili e però debbono conciliarsi: dunque anche le due podestà che rappresentano quei due principii devono *concordare*, e riconoscere il vincolo morale *dei concordati* stipulati a guisa di convenzioni. Ma queste convenzioni, regolatrici *d'influenze e di garanzie*, cioè di mezzi d'influenza esteriore che lo Stato concede alla chiesa, e delle garanzie che il medesimo stipula per propria tutela, *sono provvedimenti d'opportunità e di convenienza, utili* o *tollerabili in una data condizione sociale, perniciosi in un'altra.* Essi dunque portano seco dal loro nascere *condizioni risolutive*, siccome del resto avviene anche nelle convenzioni ordinarie, nei trattati internazionali; e quando si avvera un caso di risoluzione, e riesce vano ogni tentativo di nuovi accordi, qual sarà il diritto della podestà suprema che non trova un giudice superiore? Essa stessa pronunzia l'avvenuta risoluzione del vincolo, tenuta solo a rispondere della rettitudine del suo giudizio dinanzi alla sua coscienza, e dinanzi alla opinione universale, civile e cattolica.

PESCATORE *Rel.*

Tuttavia, indipendentemente dalla buona volontà che si vuol sempre credere sincera, i concordati hanno una vita fragile e generalmente fuggitiva, contenendo in se stessi il germe della loro dissoluzione. La clausula *rebus sic stantibus* che la politica applica anche troppo largamente ai trattati, si appropria colla più grande esattezza ai concordati. Al cangiarsi delle condizioni, o anche solo delle vedute politiche, le sue basi vacillano; e le sue ragioni di essere svaniscono innanzi alla forza delle cose, superiore sempre alla volontà degli Stati e dei regnanti.

Vi è questo ancora; che erigendosi i concordati sopra due volontà autonome e indipendenti, e nutrendosi e vivendo di atti di una amministrazione continua fra due parti sempre gelose dei proprii diritti, di leggieri si abusano e con fatica si attengono quando cessano di esser utili. E tale è l'indole loro che eziandio senza guerra e senz'aperta rottura si vengono da una parte o dall'altra ritirando, ritagliando, interpretando a comodo, come fa sempre colui che possiede i modi per farlo e non vi ha giudice superiore che distribuisca il diritto. Anche per questo, i concordati valgon poco, e poco durano.

Ma è molto più grave la osservazione seguente.

Lo Stato ha dei diritti; or bene, esso abdicherebbe a' suoi diritti patteggiando colla società ecclesiastica nei rapporti dell'ordine esteriore. Sarebbe la confessione più espressa ch'esso non può porre questi o quei limiti al potere ecclesiastico se non in virtù di concessione ch'esso ottiene da lui, per la tolleranza e quasi per la generosità sua. Buon merito è se la chiesa, stando in una relazione di questa natura col poter civile, lo tratta da superiore, e mantiene in sè la causa del diritto. Il concordato insomma è la ricognizione più solenne dei diritti della chiesa e della sua superiorità negli affari temporali.

Gli articoli organici avevano il nome di concordato, ma sono esempio che può in un concordato racchiudersi una vera e formale legge dello Stato. Ed era evidentemente così poichè il potere civile richiamava a sè il giudizio degli abusi degli ecclesiastici. Checchessia degli articoli organici, le nostre leggi rappresentano il diritto proprio dello Stato (a).

(a) Prima di quell'epoca in cui lo Stato cominciò ad avere coscienza di sè ed intendere i proprii diritti non vi erano stati mai che *concordati*, come quello con Giuseppe II, e colla Sardegna indicato nella sopra citata decisione della Corte suprema.

Spetta difatti al diritto pubblico interno, come conscio di sè, regolare i proprii rapporti con quelli della Chiesa per quando riguarda il suo esercizio esteriore, influente sulle condizioni dello Stato medesimo. Esso gli ha fissati nelle sue leggi civili e nelle sue leggi penali.

In questo rispetto non è più vero che la Chiesa sia una potenza di fronte allo Stato; poichè non è qui a considerarsi la Chiesa come un ente universale, e molto meno come spirituale. Essa è una società dentro lo Stato che nel suo esteriore deve in tutto uniformarsi alle sue leggi, sole regolatrici dei mezzi di sicurtà e incolumità dello Stato medesimo.

347. Non possiamo fermarci sull'art. 268 del Codice penale per analizzarlo come si dovrebbe da chi volesse in tutta la sua estensione comprenderlo. Ma ad esaminarlo un momento si vede ch'esso si compone di tre parti ben distinte.

La prima non potrebbe in veruna guisa confondersi coll'esercizio religioso. Il vangelo non dà appicco, occasione o pretesto *per censurare le istituzioni e le leggi dello Stato.*

Non è meno diviso dagli atti della religione, di una religione di amore e di sacrificio, ciò che si dice nell'art. 268, *dei fatti che sono di natura da eccitare il disprezzo e il mal contento* contro le leggi e le istituzioni medesime.

La terza parte che riguarda il turbamento della coscienza e della pace delle famiglie *mediante l'indebito rifiuto dei proprii uffizii*, sembrando rientrare nel ministero religioso, merita una parola di spiegazione.

348. È cosa molto notevole che questa specie di reato non fu compresa nella legge penale francese. Questa ebbe la previdenza delle cose ordinarie, poichè mentre si ha la parola è facile lanciarla in tutte le direzioni sotto la immunità del loco santo. I discorsi dei predicatori ostili al governo, furono dunque preveduti (*a*). Anche gli scritti

(*a*) È questo si direbbe, il lato debole di un governo. La ferita che riceve dall'altro è per lo più sanguinosa e non si rimargina così presto. È là dove si concita il popolo e si preparano le sommosse. Lo spettro di Savonarola fa paura a tutti. In Francia sino nel 22 settembre 1795, un decreto regio pronunciava la pena del bando perpetno (Jousse, tom. III). In un'altra epoca, più recente, più ancora temuta, la legge civile si armò di severità maggiore. (*L.* 7, *vendemial. an. IV, ar.* 28). Per l'oggetto *Ved. i motivi del Codice*, rapporto al corpo legislativo di Moailles e Locré, XV, pag. 356.

pastorali, le omelie vescovili furono colpite ; ma non si fece oggetto degli articoli penali *l'indebito rifiuto dei proprii uffizii.* E in vero poteva credersi che l'autorità spirituale, commossa a tanto pervertimento delle divine cose, avesse voluto e saputo o impedirlo o punirlo. Ma no: gli ordini di rifiutare i sacramenti ai cristiani, anche in punto di morte, venivano da Roma ! Così la legge penale si arricchì di un nuovo reato : di un reato incredibile come quello del parricidio nel buon tempo antico.

Ecco una vera necessità della legge dello Stato; resta vedere come sia competente a giudicare dell'abuso.

349. Ma non può in vero disputarsi della competenza dello Stato a determinare le pene che sono dovute alle violazioni del diritto da qual parte vengano e chiunque ne sia il colpevole. Piuttosto si domanderà come il legislatore potesse concepire la idea dell'abuso senza entrare nel sacrario, e decidere di cose religiose e pertinenti alla chiesa. *Il rifiuto indebito* a che si riferisce ; ai rapporti religiosi, o agli estrinseci soltanto ed alle cause che si manifestano dolose, e quindi nella intenzione punibili ? In questo secondo aspetto deve considerarsi applicabile la legge penale ; e giova fermarsi un momento su questa distinzione, semplice, e appunto perchè semplice, facilmente sfugge.

La Chiesa può avere sue ragioni per negare i sacramenti o la sepoltura in luogo sacro. Ragioni che tengono alla professione del dogma, alla natura di fatti essenzialmente religiosi, a sacrilegii, a peccati non rivelabili che al foro interno ; e come potrebbe il potere civile alzare quel velo per giudicare se a colui che si nega l'eucaristia o la sepoltura sacra sia un eretico e di che qualità e grado ! No, lo Stato non fa nulla di questo; esso dice ai suoi giudici, *osservate i fatti e le circostanze.* Occupatevi di vedere se ne risultino di tali che vi convincano che il sacerdote non applicò di buona fede le sue leggi, i canoni, gli ordinamenti della chiesa; ma se ne fece schermo a sfogo d'una vendetta, o a servigio di un partito. Ecco una pura e semplice questione di fatto. Il Codice penale la prevede, ma, com'è dell'indole sua, non la risolve. Spetta ai giurati, ai giudici del fatto il risolverla. È una convinzione come le altre. L'abuso è una verità materiale, dimostrandosi per mezzo di prove esteriori ; non è una verità metafisica o teologica. Quando si può dire dai giurati, io conosco evidentemente che voi, sacerdote, siete stato condotto a negare il vostro uffizio

religioso per una causa, tutta mondana e riprovevole, e non per cause intrinseche e religiose che io non debbo esaminare, l'abuso è constatato (*a*).

Senza dubbio il giudizio dell'abuso implica il giudizio dell'uso legittimo, secondo i canoni e lo spirito della Chiesa, e percuote il ministro della chiesa nell'esercizio delle sue funzioni. Ma qui pure si fa completa astrazione dalle ragioni intime e religiose. Io non so se sia conforme ai canoni il rifiutare i sacramenti ad un eretico, nè quando uno si possa dire eretico, e con quali condizioni si debba adoperare verso di lui. Il potere civile si occupa semplicemente dei motivi estrinseci dell'azione religiosa; ne scopre il secondo fine, la parte ipocrita, ne toglie via la maschera, e giova, non che allo Stato, alla religione medesima (*b*).

(*a*) Mr. Canzi negava gli ultimi conforti della religione al presidente Rota, in odio della carica che esercitava, e per una ragione politica. Non gli avrebbe negati al Rota non presidente e non funzionario del re Vittorio Emannele. Questo fatto risultava, e questo costituiva l'abuso.

(*b*) L'art. 268, comincia in questo modo: *i ministri della religione dello Stato o dei culti tollerati...* Anch'essi hanno i loro doveri religiosi, hanno dei pietosi ufficii da compiere, dai quali dipende la tranquillità delle coscienze, la pace delle famiglie. Se vi mancassero con animo delittnoso, devono rispondere ugualmente alla legge penale. Lo Stato non distingue in questo una religione dall'altra, la vera dalle false: e mostra sempre più ch'esso non si occupa oggettivamente di questioni religiose, ma solo della religione abusata come mezzo e come pretesto, per far un male apparente ed esterno; si occupa in somma di una frode indegna, come tante altre soperchierie e frodi precorre nel Codice penale. Se non che qnesta è del peggior genere..

## CAPO IX.

### Delle questioni pregiudiziali.

§ LXXVIII. — *Dell'actio praejudicialis.*

350. *L'actio praejudicialis,* secondo il concetto del diritto romano può considerarsi di due maniere; l'una generale, e l'altra speciale e formante uno instituto, ossia una determinazione giuridica *sui generis*. Ciò che entrambe avevano in comune si è questo, che tale azione in qualunque modo intesa, tendeva a statuire un precedente inviolabile, la *res judicata* sopra un dato punto che impediva all'attore di proporre la lite.

Sotto questo aspetto l'*actio praejudicialis* non diversifica da quella che oggi sogliamo appellare *questione pregiudiziale* con ciò indicando la contingenza giudiziaria nella quale ha luogo, cioè di essere occasionata da una lite avente un diverso oggetto e nella quale *incidit*. Soltanto era in quelle consuetudini una separazione, una *discrezione* di giudizii che moltiplicava le questioni e affaticava i litiganti, spezzando a dir così in molte parti il concetto giudiziale. Ad ogni questione di tal fatta si apprestava un'azione speciale (*actio praejudicialis*) e si costituiva un apposito giudizio (*praejudicium*), e la decisione che ne emanava, era tanto definitiva, che il mandato dei giudici si terminava con essa; per procedere a cognizioni ulteriori, a condanna od assoluzione secondo l'avvenuta decisione della questione pregiudiziale, si costituiva un nuovo e diverso giudizio (Pescatore, *Logica del diritto*, cap. VI).

351. Bisogna però avvertire che a voler parlare un tecnicismo esatto e raffigurare i concetti proprii degli antichi istitutori del di-

ritto (*a*) le *actiones praejudiciales* non potevano nè debbono confondersi colle questioni pregiudiciali che sono comuni e indefinite oggidì, ed anche comuni e indefinite erano in quei tempi nella moltiplicità dei casi, ma non portavano quel nome. Queste *actiones praejudiciales* o *praejudicia* erano così chiamate quasi per eccellenza, proteggendo i più interessanti ed essenziali diritti della persona; quindi si qualificavano da un fine tutto loro proprio, e si distinguevano per una efficacia ad essi particolare. Erano azioni sostanziali che s'istituivano propriamente *et ex professo*, come disse Vinnio, onde proclamare una condizione personale di diritto immutabile e perpetua a fronte di qualunque contraddizione che allora e poi e nella successione dei tempi fosse per sollevarsi. Con ciò la *res judicata* acquistò una elasticità e una espansione immensa; la decisione di stato fu opponibile contro tutti, a deroga del principio che *res inter alios judicata non nocet, nec prodest*. Segno di un grande rispetto della dignità umana, non idoleggiata con filosofiche astrazioni, ma tuttavia messa capo e termine del *gius* come sua causa ed oggetto — *cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit* — che non fu mai più altamente e semplicemente detto (*b*).

Le *actiones praejudiciales*, secondo la definizione di Teofilo, lodata dal Vinnio, non avevano scopo di condanna ma *sola intentione constabant*, non domandandosi con quella nè restituzione nè reintegrazione di sorta, ma soltanto ch'esso attore si qualificasse quale asseriva di essere. Così si discernevano da tutte le altre per l'oggetto.

Erano tre categorie che si riunivano in un sol fine: lo stato della persona. La prima azione pregiudiziale concerneva la *libertas*, onde *liberale judicium* quella della libertà (*Dig. et Cod. de liber. causa*). Colla seconda si trattava la *quaestio ingenuitatis*, ove Tizio affermava se stesso patrono di Caio che sosteneva suo liberto, negante costui. La terza finalmente *de partu agnoscendo*, che era di due specie. L'una era proposta dalla moglie contro il marito onde dovesse riconoscere la legittimità del parto e della prole; l'altra spettava al padre

(*a*) Io mi guardo bene dal fare in tutto questo libro della erudizione inutile, di quella erudizione che non si sa cosa farsene, o ritarda pesantemente il progresso di un lavoro. Ma sono costretto a rettificare qualche idea dai facili propositi intorno al diritto romano d'illustri e rispettati autori francesi, fra i quali ricordo il compilatore massimo, il Dalloz. V. *Question prejudic.*

(*b*) Hermogenianus, *L.* 2, *D. de statu hominum.*

o al figlio, e fra essi agitavasi, intorno all'essere di figlio e alla patria podestà. L'*actio de partu agnoscendo* apparteneva alla moglie, *soluto matrimonio*, contro il marito o coloro che facevano controversia del parto e ne mettevano in dubbio il concepimento legittimo (*a*).

Dominati quei filosofi del diritto civile dalla grande partizione delle azioni *in rem et in personam* alle quali volevano rassegnare tutti quanti i mezzi di vindicare il diritto, parvero dubitare della pertinenza di quest'azione che classificarono *una specie di actio in rem* (*Instit. de action.* § 13) ; come quella che affermava un *jus proprietatis* o *dominii*, nei termini però di diritto sul figlio, sul liberto, sullo schiavo, e a sè lo vendicava : il che poco importa per noi nè a quella estensione di un dominio personale sapremmo acconsentire.

## § — LXXIX. — *Della natura della questione pregiudiziale.*

352. *L'actio praejudicialis* si presentava adunque sotto una forma singolare, e non si estendeva alla comune di quei fatti giuridici che una volta stabiliti, hanno una determinazione storica indelebile concorrendo quelle condizioni nelle quali nacquero. Perchè questa forma singolare, perchè non vi era *un actio praejudicialis* per la regiudicata o per la prescrizione che non uscirono mai dalla loro sfera di *exceptio*, e sempre come *exceptiones* furono considerate da quei profondi scrutatori della intima natura delle cose che furono i giureconsulti romani? È da osservare che il *praejudicium naturae*, in ordine alla superiorità dei principii da cui deriva, ha un carattere di assolutezza e di immutabilità che non è diviso dalle statuizioni, per quanto razionali, del diritto civile (*b*).

(*a*) Era così tecnico di appropriare le *praejudicia* a siffatti giudizii che Ulpiano, dopo le *actiones quae de universitate propositae sunt* parlando *de actione singularum rerum petiti* (L. 1, *De rei vendicat.*), insegna — che *per hanc actionem libere personae, quae sunt juris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate non petuntur.* — Ma invece *petuntur* AUT PRAEJUDICIIS, *aut interdictis, aut cognitione praetoria*... (L. d[a]).

(*b*) Chi fu giudicato figlio, chi fu giudicato libero una volta, non ridiviene bastardo, nou ricade nella servitù. Egli acquistò quelle condizioni dell'essere per diritto di natura; e la natnra nou si smentisce, nè si contraddice perchè non è una legge umana. Le leggi che regolauo le eccezioni della cosa giudicata, della prescrizioue, ecc., sono variabili, e c'è molto a dire se siano mai perfettamente acquisite.

Se la novità del concetto non toglie alla sua verità, noi avremmo scoperta la ragione di quello istituto dell'*actio praejudicialis* e della sua singolarità rimpetto *alle questioni pregiudiciali* considerate quali incidenti di un giudizio in corso (*a*).

Ad ogni modo è chiaro che fra l'*actio* e la *quaestio prejudicialis* corre la differenza che è fra la *causa e* l'*effetto*, imperocchè la *quaestio* nasce da ciò che è preesistita una data *actio* che produsse un tal risultato, il qual risultato si porge come ostacolo al rinnovamento d'identica questione.

353. Qui per altro si fa luogo alla distinzione portata dagli ultimi scrittori francesi e che merita di essere approvata: vale dire che due sono le categorie delle azioni pregiudiziali: le une pregiudiziali *all'azione*, mentre le altre lo sono *al giudizio* soltanto.

E in vero le prime sono *estintive* delle azioni, come la regiudicata e la prescrizione; laddove le altre non sono che *sospensive*, obbligando il giudice ad occuparsi di loro, prima di ogni altra questione.

Per ora non parliamo che di queste.

354. È da adottarsi la definizione di Merlin che, bisogna convenirne, ha veduto in questa materia più avanti che gli altri. Egli insegnò la questione pregiudiciale essere — *toute question qui dans un procès doit être jugée avant un autre, parce que celle ci serait sans objet si la personne qui l'élève soccombait sur cette là* — È così difatti; la questione che reclama la priorità contiene l'altra e la rende improponibile.

355. Si scorge di leggieri che la questione pregiudiziale è semplicemente *una questione di logica*, e *di priorità logica*. È la condizione di ogni idealità analitica che sale di grado in grado posando in ordine successivo i suoi criterii; benchè con differenza grandissima quanto ai risultamenti, imperocchè la questione pregiudiziale addita in se stessa il limite e il fine del processo analitico, è un punto obbiettivo, che quantunque surta in mezzo ad una que-

(*a*) Onde Vinnio ebbe a dire « ducto nomine non ex eo quod aliis causis praejudicium quodque afferant, aut quia harum judicium praecedere debeat: *hoc enim comune est cum aliis multis* actionibus quae tamen non dicuntur praejudiciales... *sed ex fine harum actionum proprio quia etiam prejudicii aliis rebus faciendis* EX PROFESSO *istituuntur*, atque ut istituuntur, ita et *sine exceptione* omnibus faciunt, etiam inter alias persouas, inter quas postea de eodem statu quaestio inciderit, *De statu homin.* ».

stione che aveva un altro scopo, diventa principale negli effetti giuridici (a).

In siffatte controversie il discorso giudiziale si scinde in due parti veramente distinte, anzi in due giudizii, contemplando ciascuno il proprio oggetto, e in ognuno verificandosi una determinazione indipendente, quantunque lo scopo finale, a cui il procedimento è diretto abbia d'uopo di riunire il suffragio affermativo dei due criterii che si applicano alle due questioni, sicchè raccogliendosi in una di esse un risultato negativo, l'ultima risoluzione è negativa. L'accusato di furto che non è riuscito nella sua eccezione di proprietà, può respingere con altre ragioni la colpabilità, ed è assolto.

Verificandosi così la ripugnanza logica di due giudizii ad esser trattati simultaneamente, ne deriva la necessità della sospensione e della discussione successiva. La eccezione è *dilatoria* in ogni caso, quanto al merito, e può essere eziandio *perentoria*, secondo la natura della stessa eccezione.

## § LXXX. — *Della questione pregiudiziale nel rispetto della giurisdizione.*

356. La pienezza della giurisdizione è insieme la indipendenza della giurisdizione medesima. La sua funzione è tanto più efficace quanto meno soffre l'attrito e la concorrenza di altre competenze, quanto meno è costretta a fermarsi, a sostare, ad aspettare la decisione di altri organi giudiziarii ; quanto insomma è più libera.

Quel tribunale che possiede la giurisdizione della causa principale, possiede anche quella degl'incidenti. È questa la teoria pura e semplice del diritto romano — *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest.* Il senso

(a) « Si de haereditate et libertate controversia est, *prius agi causa libertatis debet*... Si crimen inferatur ei quam ingenuam esse dicit, ante *libertatis causa* suo ordine agi debet, cognitionem suam praeside praebente, quoniam necesse est *ante sciri* si delictum probatum fuit, utrum *in liberam et ingenuam an ut in ancillam*, constitui oporteat (judicium), L. 3, C. *De ordine cognit.* ».

In questo caso la decisione che è per nascere sulla questione pregiudiziale non sarebbe definitiva del giudizio ma ne modificherebbe le basi, diversificando le conclusioni.

della formula è spiegato in molti testi (a), e non lascia dubitare che non vi fossero comprese tutte le fasi della causa, tutte le controversie nate in occasione di quella.

La unità rigorosa della giurisdizione, e la pienezza del suo esercizio era perfettamente conforme alla logica del diritto privato della quale i Romani ci rimangono inimitabile modello; ma sin dove il diritto pubblico sia per arrecare modificazioni a quel principio sotto l'influsso di vedute più generali, sarebbe il portato di una civiltà giuridica ancora prematura. Il sistema delle competenze (eccetto la territoriale che è di mera convenienza e di comodo) rappresenta la esplicazione del diritto nelle moltiformi esigenze sociali, compendia le ragioni dell'uomo e del cittadino, è palladio dei diritti naturali e delle pubbliche libertà. Questo noi comprendiamo meglio degli antichi, che non ne sentirono il bisogno nelle condizioni in cui versavano; ma non posero nelle loro dottrine germe o cagione contraria; ed anzi i loro principii così razionali, e sì mirabilmente conformi al vero naturale, non sono che da noi esplicati e resi più fecondi in campo più vasto. I Romani intanto proferivano una grande verità; ed è la libertà delle giurisdizioni. Avviene in ciò come in tutte le cose; che una passione dispoticamente esercitata su quelle attività naturali o sociali che sono destinate a produrre importanti effetti, le depaupera della loro efficacia, le travia, le perverte, le rende inabili al fine.

(a) Ragionando intorno al § 13, *De actionib.* Faustin Helie, avvertiva risultare da qnel testo che allorchè le qnestioni di libertà o di figliazione si *presentavano incidentalmente ad altre questioni* alle quali la loro soluzione era necessaria, esse dovevano decidersi preliminarmente. — Non ho altro ad osservare circa qnesta proposizione se non che l'oggetto di qnel testo è assai più generale: è qnello di stabilire non già l'indole di alcune *quaestiones praejudiciales*, ma il carattere d'universalità delle *actiones praejudiciales* che fissano a perpetuità lo stato della persona. Non sono qnelle propriamente le *quaestiones praejudiciales* (V. VINNIUS, MYSINGERUS, ZOESIUS, ecc., ibi). Non vi è alcuna oscurità nè antinomia, fra le LL. 1, 3, 6, *Cod. de ord. cognit. ecc.* coi framm. 7, *ad L. Corn. de falsis* e 55 *de judiciis*. Havvi invece nn ammonimento di sapienza, degno che i legisti francesi avessero appreso, e che punto non appresero. *Quando l'oggetto della questione era criminale, esso assorbiva la questione di stato*; ecco il concetto filosofico di qnesti dne ultimi testi; allora non stava più a vedersi se lo schiavo non fosse più schiavo per attaccare il testamento falso o frandolento, per l'interesse assorbente della qnestione criminale. Noi sosterremo più avanti questo tema contro le dottrine francesi; e l'argomento dedotto da quelle leggi romane non sarebbe in vero frustraneo.

Da ciò si vede quanto fosse secondo ragione quel criterio fondamentale, che ogni giurisdizione deve ritenersi avere in sè tutta quella forza di mezzi cognitivi che sono necessarii a compiere la sua funzione; uno dei quali egli è quello che in essa risiegga la facoltà eziandio di giudicare tutte le controversie incidentali che nascono in occasione della principale.

357. E in vero la scienza moderna non ha giammai ripudiato questo principio, ma si è trovata a dover abbracciare un maggior cumulo d'idee ed avere in riflesso altre esigenze del diritto; quindi ha ravvisate nell'ordine delle competenze influenze e limiti che agli antichi non apparvero. Nè i legislatori moderni intesero con ciò di menomare la forza unitaria delle giurisdizioni ma più presto a consacrarne la rispettiva indipendenza. Così avvenne che, mescolandosi in grandi proporzioni le materie civili e le criminali, si è creduto qualche volta essere necessario di preferire il giudizio della giurisdizione civile a quello della penale, in quegl'incidenti che portano tutto ad un tratto alla cognizione di quest'ultima un soggetto naturalmente civile, come una questione di stato personale.

Le legislazioni pertanto che così dispongono (metto la francese in esempio, giusta l'esponendo nei §§ seguenti) sono informate da uno spirito che non è lecito disconoscere per quanto si possa non convenire nelle sue applicazioni. La giurisdizione è obbiettivamente una, benchè attivamente moltiplice. È nel suo complesso e nell'armonico concorso di tutti i suoi mezzi, ch'essa rende il suo servigio al diritto. Se la penale competenza e la civile si prestano a vicenda sussidio, assumendo ognuna e rispettivamente quelle cognizioni che sono nella natura del suo istituto, bisogna applaudire alla bene intesa cooperazione delle due giurisdizioni, cospirante ad un solo e comune intento, il diritto e la giustizia.

358. Trattando questo soggetto del concorso delle giurisdizioni, e dell'attrazione che rispettivamente esercitano in date materie al loro istituto correlative, si presenta tosto alla mente la grande partizione della giurisdizione civile e penale, i due emisferi in cui sotto opposti aspetti apparisce la realizzazione del diritto violato. Perciò abbiamo testè parlato di giurisdizione civile e penale, e non di altre meno capitali divisioni delle competenze di cui si potrebbe benissimo tener conto. Come la giurisdizione civile sia limitata dalla contenzioso-amministrativa, o quanto la commerciale debba cedere alla civile o vi-

ceversa, non sarebbe estraneo al soggetto presente benchè la teoria dei rapporti fra il civile e il penale non sia a quelle subalterne partizioni comune, fondandosi in ben altri principii (a).

Lasciamo adunque delle minori divisioni, e delle usurpazioni rispettive di siffatte competenze, e senza vedere se e come avvenga, ci staremo alla massima generale: che ogni giurisdizione dev'essere per quanto è possibile, libera e indipendente nella propria sfera d'azione. Dopo ciò passiamo ad un esame speciale alle attribuzioni dei giudizii civili e dei giudizii penali, perchè in effetto il nostro argomento corre questa via e segue così il proprio indirizzo. Già nelle prime parti di questo scritto si è dovuto discorrerne e nè sarà discorso ancora nelle ultime: ma con sì differente scopo e sotto aspetti così diversi che non temiamo punto di essere notati d'inutili ripetizioni.

## § LXXXI. — *Continuazione.* *Della indipendenza della giurisdizione penale.*

359. L'interrompimento dell'esercizio di una giurisdizione, e il trasporto del soggetto subordinato di contesa ad una giurisdizione diversa, avviene appunto per lo presentarsi della questione pregiudiziale (b).

360. La questione pregiudiziale si presenta nel giudizio civile e nel penale; per altro in distinta guisa e con effetti incomparabilmente diversi.

Quando si tratta di penalità, ossia di giudizio criminale, e di materia pertinente al criminale, quando insomma si tratta di un reato,

(a) Basterà osservare che le tre facoltà indicate *del civile, del contenzioso amministrativo e del commerciale* appartengono allo stesso ordine di reintegrazione giuridica; e non sono rispettivamente fra loro che varietà di attributi e di forme giudiziali, sotto un concetto comune. La penalità, quantunque causata da violazioni di diritto, cammina con altre norme e ha intenti ben diversi, che ora non è luogo dimostrare.

(b) Più sopra si parlò *d'incidenti* quasi per sinonimia di questione pregiudiziale; e quasi ogni *questione incidente* sia una questione pregiudiziale. No: ogni questione incidente non è una questione pregiudiziale, ma ogni questione pregiudiziale, nei moderni sistemi, è incidente. Una volta che si arriva a giustificare il pronunciato che ogni giudice della causa principale dev'esserlo dello incidente, si abbraccia ogni sorta di questione incidente compresa la pregiudiziale.

la questione pregiudiziale portata al civile, è la soppressione della stessa giurisdizione civile per quanto quel soggetto di cognizione riguarda; è la sospensione di ogni suo giudizio sulle conseguenze civili del reato da giudicarsi dai tribunali criminali.

Ecco la prevalente virtù della giurisdizione penale sulla civile, a favore della quale militano ragioni tanto potenti e tanto decisive che nessuno ne dubita di presente, e credo non si dubitasse mai per lo passato malgrado allora non si scrivessero regolamenti e Codici di procedura (a).

La disputa invece, che non è ancor morta, cade sull'altra parte; sulle sottrazioni, le chiamerò così per un momento, che la giurisdizione civile opera sulla penale.

Ma che sottrazioni sono esse? In che consistono?

Qui bisogna rammentare la disposizione generalissima dell'art. 4° della procedura penale. « (L'azione civile) si può esercitare anche separatamente avanti il giudice civile; in questo caso però l'esercizio n'è sospeso finchè siasi pronunziato definitivamente sull'azione penale intentata prima dell'azione penale o durante l'esercizio di essa ».

Per tali fondamenti la indipendenza dell'azione penale sarebbe assicurata; e sembra escluso per sempre il pericolo che affacciandosi nel processo penale una questione pregiudiziale, debba risolversi da altri giudici che dagli stessi giudici penali.

**361.** Con tuttociò vi sono due subbietti di questione che sono stati specialmente reclamati dalla giurisdizione civile. L'uno di essi, è *il diritto di proprietà*, l'altro *è il giudizio di stato*.

Un sistema legislativo che verso il nostro ha ragione di paternità, e sì per questo titolo, sì per la intrinseca bontà dei concetti, e sì ancora per la gravità delle dottrine che ha prodotte, merita di essere avuto in rispetto, aveva adottato per amendue quei subbietti esclusivamente la cognizione civile, quantunque tra l'uno e l'altro corra una grande e radicale differenza che giova bene determinare.

La questione della proprietà *è incidentale*. Rapporto a quei reati che consistono nella violazione della proprietà, può sempre sorgere

(a) La questione pregiudiziale si presenta nel civile sotto questa forma: se essendo intentata avanti il giudice civile l'azione civile per rivendicazioni, riparazioni, danni-interessi, ecc., si oppone che la causa dei diritti spiegati, è *un reato*, e già pende il giudizio penale, ovvero è tale che deve rimettersi la cognizione dell'affare al giudice penale.

una *exceptio dominii* a distrugger l'accusa dalla radice e far rifulgere la innocenza nel modo più luminoso. Chi è accusato di violato deposito oppone che il danaro è suo; chi è accusato di furto o di espropriazione indebita stabilisce ch'esso è il proprietario della cosa che si suppone rubata od appropriata. Del diritto di proprietà allegata dal reo, quale giurisdizione deve conoscere? Ecco il dubbio (*a*).

La questione di stato invece è *principale*. Essa per altro non è ammessa se non per una sola specie di reato — *quella di soppressione di stato* — per ragioni che ora non importa dire. È *principale* perchè non può mai proporsi che avanti il giudice civile, perchè se fosse proposta avanti il giudice penale dev'esser respinta d'ufficio, e non radica principio alcuno di giurisdizione, e impedisce il nascimento dell'azione penale.

Tuttavia gli scrittori pongono anche questa, e credo con ragione, nella categoria delle questioni pregiudiziali per l'ostacolo che solleva alla giurisdizione penale.

In presenza di tali opposizioni l'azione penale è paralizzata, o è impedita sino a un certo punto nel suo corso.

## § LXXXII. — *Della questione pregiudiziale di stato quanto allo stato di figlio.*

### I.

### *Diritto romano.*

362. I giureconsulti romani si occuparono della questione nel punto di vista della giurisdizione investita di una causa sulla quale è competente a pronunciare, e ci tramandarono questa dottrina, ch'essa deve pure decidere dell'incidente di stato che si porgesse al suo giudizio, com'elemento di fatto necessario ad apprezzarsi per rendere definitiva sentenza.

Anche presso i Romani i giudizii di stato erano demandati a tribubunali speciali. Nondimeno in una legge del Codice è stabilito che

(*a*) È inutile ora rimarcare che la questione pregiudiziale per essere efficace ad escludere la competenza penale, deve cadere sulla proprietà immobiliare e sui diritti in re. Tutto ciò è detto in principio generale, ma deve poi vedersi più avanti come la questione vada a risolversi coll'attuale nostra legislazione.

quando la questione di stato concorre con una disputa principale di diritti reali, il giudice che non sarebbe obbiettivamente competente, decida anche di quella (a). È pure preveduto in un'altra legge il caso di una causa di nullità di testamento portata a giudicare al preside della provincia, il quale preside della provincia sarà benissimo competente a giudicare della nascita del figlio e dello stato di figliazione, quantunque non avrebbe avuto competenza se tale domanda gli fosse stata presentata isolatamente dall'altra e in via di azione, con quella bella e nota conclusione « pertinet enim ad officium judicis qui de haereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem quae in judicium revocatur examinare, *quoniam non de ea sed de haereditate pronunciat* ». (L. 1, Cod. *De ordine judic.*).

II.

*Diritto francese.*

**363.** La dottrina francese si preoccupò di due difficoltà razionali e le sciolse nel senso della competenza del giudice investito della causa principale.

Amendue le questioni suppongono la esistenza di un contratto o atto civile, e muovono dal dubbio, se il giudice penale sia competente a conoscerne. Ora le cose possono stare in questo modo, o che il delitto sia nell'atto o contratto medesimo, ovvero fuori di esso. Nell'una e nell'altra ipotesi, la dottrina e la giurisprudenza concorre a confermare la competenza del giudice penale.

Non pare che la prima opinione abbia patito vera opposizione. È impossibile comprendere una questione pregiudiziale distinta, tale da lasciare entratura ad altra giurisdizione. Se il delitto è racchiuso nel contratto, se lo stesso contratto è il delitto, come si separa la cognizione del contratto da quella del delitto? La cognizione non può non essere individua (b).

(a) « Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, *qui alioquin super causa status cognoscere non possit*, disceptatio terminetur ». L. 3, Cod. *De jud.*

(b) Come si può giudicare della usura che giace nella convenzione, della frode che il fallito mise ne' suoi bilanci, se non si conosce della convenzione e dei bilanci? Dalloz, V. *Quest. prejudic.* Mangin, *Trait.* n. 170.

**364.** Non sono neppure molto serie le contrarietà della seconda. La obbiezione principale consiste nella esclusione implicita della cognizione penale in certe materie, d'indole civile, attesochè se così non fosse sarebbe violata la legge della prova, e la giurisdizione penale si servirebbe di mezzi che non sono i suoi. Questo è uno degli argomenti di Toullier (*sur le Cod. pen.* art. 408). Come difatti stabilire che vi è un deposito, che vi è un mandato, o una convenzione qualunque, onde inferirne che il deposito è stato disperso, che il mandato è stato tradito, ecc., se non sono dati alla giurisdizione penale i mezzi di prova a constatare la giuridica esistenza di quei fatti meramente civili?

Il Toullier, scrittore sempre ingegnoso, ma criterio non sempre esatto, spinge un colpo più ardito sui principii regolatori della competenza, e pretende che la giurisdizione penale abbia in via *di semplice eccezione*, e quasi per concessione, la facoltà di conoscere dei fatti civili: e questo caso sarebbe quando, essendo il delitto nelle viscere del contratto, non è divisibile la cognizione: onde appena il Toullier farebbe grazia ad una necessità logica evidente, trovandovi semplicemente una derogazione, cioè un fatto non di natura ma della legge.

Tutti e due sono errori; e grave il secondo più del primo. Il moto della giurisdizione non si arresta innanzi alla qualità della prova, come diremo più espressamente nel § seguente. Quanto al secondo, altro è il conoscere di un fatto come *mezzo*, altro il conoscerne come *oggetto* o proprio *fine*. Così quando a noi davanti si portano controversie che involvono la cognizione e l'applicazione di leggi straniere, non rimettiamo perciò la causa al tribunale estero affinchè giudichi colle proprie leggi. Non è nuovo potersi decidere del mezzo, quantunque proposto come fine sfuggirebbe alla competenza; poichè diventa elemento della cognizione di cui siamo legittimamente investiti (*a*).

(*a* Chi proponesse al giudice penale decidere la validità o nullità di un contratto, urterebbe nella incompetenza. Ma la competenza è assicurata, quando il giudice penale siede per decidere oggettivamente un fatto penale.

Mangin combatte la eccentrica dottrina di Toullier ma con ragioni secondarie e indirette tratte dalle disposizioni eccezionali che riguardano le questioni *di proprietà e di stato;* e dice che se il legislatore avesse fatto una regola generale della esclusione, della competenza penale per tutti i fatti di natura civile, non avrebbe poi espressamente ordinate quelle limitazioni.

Giova a questo luogo ricordare la celebre risoluzione della Corte di cassazione

365. Ma conviene passare alla questione di stato che ci porta a qualche miglio di distanza dalle idee di Mangin e, lo dico con dispiacere, dalle idee generalmente adottate.

III.

*Continuazione.*

366. La questione di stato che fu opposta come limite all'azione penale, non riguarda, siccome è noto, che lo *stato di figlio;* benchè sia pure questione di stato quella che interessa la paternità, il matrimonio, la cittadinanza, ecc. L'articolo 326 del Codice civile francese, l'art. 168 del testè abolito Codice albertino, a questa prescrizione si limitavano, per ragioni che in quel punto di vista erano giuste.

E così doveva essere poichè la determinazione eccezionale della legge era tassativa al reato di *soppressione di stato dell'infante:* reato che suole operarsi colla soppressione o alterazione dei documenti legali dello stato di nascita, sia per privare il figlio legittimo dei diritti e vantaggi della sua posizione, sia per introdurre nelle famiglie enti spurii e sangui alieni ad usurpare l'altrui posizione legittima.

367. Un reato di questa natura è di una gravezza incontestabile, enorme; minaccia nelle sue basi la intera società. Nell'antico diritto francese la reclamazione di stato poteva farsi per la via criminale, (*Cassat. arr.* 25 *brumaire an. XIII*). Se non che i giudici erano tenuti a vegliare attentamente onde la impostura non si ricoprisse di giustizia, e non si attentasse alla solidità delle prove che emanano dai registri dello stato civile, col più facile giuoco di verbali testimonianze quali sono ammissibili in giudizio criminale. Il timore, secondo me, effimero di vedere pericolare la prova dello stato in mano

del 5 novembre 1815, nella quale, a guisa di legislatore, dettava le norme da seguirsi in una materia che si trovava intralciatissima nella pratica, e si riassumono in queste proposizioni: 1° appartenere al giudice civile la cognizione della esistenza e validità di quegli atti e contratti che non producono che conseguenze civili; 2° i tribunali criminali giudicare dei contratti la cui validità rientra nel disposto dell'art. 408 del Codice penale; 3° essere in principio che ogni giurisdizione è competente per quelle questioni che sono a considerarsi, come mezzi della propria cognizione, quantunque non potrebbero proporsi *principaliter;* 4° i tribunali correzionali giudicare questioni civili colle leggi civili.

Questa dottrina era di una purezza irreprensibile.

ai giudici penali, fece passar sopra ad un pericolo ben maggiore, quello di aprire la via della impunità ad un attentato orribile.

368. Questo scoglio è stato avvertito da tutti i fautori del sistema, e l'oratore presso il consiglio di Stato confessava ingenuamente « cette décision est contraire a la règle général qui, considérant la punition des crimes comme le plus grand intérêt de l'état, suspend les procédures civiles quand il y a lieu à la poursuite criminelle ». *Ma vi ha presunzione di mala fede* in querele che hanno in vista un grande interesse, la quale presunzione di mala fede, posata come in principio, fa credere alla intenzione maligna di eludere il rigore delle prove civili: specie di manovra contro cui non si trovò altro schermo che impedire la lite criminale finchè il giudice civile non avesse sentenziato sullo stato! Con questo apparato di diffidenza non c'era luogo a modificare colle applicazioni la legge, e con quale severità si procedesse nell'applicarla, ne fanno fede le numerose decisioni delle Corti di cassazione, alcune delle quali sono narrate da Mangin (*Trait.* numero 186). Nè vale che la base di cotali giudizii fosse mai sempre un delitto di falso; e il più delle volte sostenessero i querelanti ch'essi non facevano che difendersi dalle dolose qualificazioni che si allegavano in loro danno per la falsa posizione dei registri di nascita, sicchè non si era nel caso di una *reclamazione di stato* ma piuttosto di dovere respingere ingiusti attacchi. La distinzione non incontrò favore in verun tempo presso la Corte suprema che fu costante nel rinviare ogni questione relativa al magistrato civile.

369. Ciò che di più certo e incontrastato deducevasi dagli articoli 326, 327 (*a*), si era la inattendibilità della querela, e le porte del giudizio criminale mai non potersi aprire ad istanza della parte privata. Ma è forse nella stessa condizione il Ministero pubblico? Sono note a chiunque è per poco iniziato in questa materia le ponderose considerazioni di Merlin. Io non voglio ripeterle nè commentarle: non voglio risuscitare la disputa. Ma non si può dimenticare il suo principale argomento. Se si teme, egli diceva, l'abuso della parte interessata, ciò non è a temersi dal pubblico Ministero; d'altronde quando il pubblico Ministero agisce d'ufficio, è manifesto ch'esso *non reclama*

(*a*) Art. 326. « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. — Art. 327. — L'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état ».

*lo stato;* ma si occupa della *soppressione*, si occupa del delitto. Questa è la via della impunità, egli proseguiva contro gli avversarii che negavano sempre e in ogni caso l'azione penale; questa è la via della impunità, imperocchè può arrivare che il giudizio civile mai non si faccia, e intanto l'innocenza è oppressa, il delitto trionfa.

Le osservazioni di Merlin furono trovate giuste: ma gli si rispose, *lex est*. Tale risposta non fu data a Merlin da un solo scrittore, ma si può dire, da tutti.

Si era però generalmente d'accordo, che lo stato *di figlio* doveva essere in questione direttamente, doveva esser l'oggetto del giudizio. Ogni altro delitto che riguarda la vita, la esistenza, la salute d'un infante (come la esposizione); ogni altro attacco non influente sulla legalità del suo stato, era fuori da quegli articoli. Manco male! Le altre controversie di stato che non tenevano immediatamente alla figliazione, anch'esse sfuggivano alla eccezione, e rientravano nel comune diritto penale (*a*).

IV.

*Nuovo diritto italiano.*

370. Questo è appena uno schizzo, è un cattivo compendio, per chi conosce la storia degli art. 326, 327 del Codice civile francese; la esistenza loro vale per ogni storia.

L'art. 168 del Codice albertino, or ora cessato, aveva fedelmente copiata la disposizione francese. Ciò che fa maraviglia gli è questo che nelle discussioni che precedettero il Codice, fra le copiose osservazioni critiche, e le proposte modificazioni e riforme del progetto che le magistrature specialmente venivano inviando da ogni parte, l'articolo 168, passò inosservato. Si vede che negli animi era irremovibile e profonda la convinzione della sua utilità e giustizia. Non valeva la pena di esaminarlo! Leggo nei rendiconti di quelle sedute deliberative: che l'art. 168 fu adottato alla unanimità, *senza osservazione nè dei Senati* (Corti d'appello), *nè delle Camere, e senza discussione nel consiglio di Stato.*

(*a*) Una controversia di stato matrimoniale fondata sull'alterazione dei registri civili, agitava anche le sorti dei loro figli: pareva interessarne lo Stato. Tuttavia fu sempre ritenuta esclusa dall'art. 327 e 328. (LEGRAVEREND, HELIE, *De l'act. pub.*, n. 1110). Il nostro Mangin ne parla lungamente nel Tratt., n. 190.

371. Nel progetto del nuovo Codice si aveva un articolo così espresso: « L'azione penale per un reato di soppressione di stato non potrà promuoversi che dopo la sentenza definitiva sulla questione di stato civile ». Era il 209. Questo articolo non fu riportato al Codice civile ma gli era serbato il posto in quello di proc. pen.

L'art. 168 non aveva alcuna ragione di essere. L'art. 168 era la difesa, o la speranza almeno, di quei malvagi che insidiano con arcani artifizii la esistenza civile di un essere debole che, comunemente parlando, non può difendersi, avvelenando le sorgenti stesse della vita negli atti legali prescritti a pubblica sicurtà; o fraudando i diritti della legittimità, rivestono della loro apparenza coloro che per difetto di nascita non possono parteciparne. Lungi dall'essere esposti ad un fulminante processo criminale, sanno quegli artefici d'inganni che dovranno battersi in una causa civile e non si sgomentano. Sanno fors'anco che la causa non si farà ed hanno tutto a sperare dal tempo.

A far sentire quanto enorme misfatto sia questo, presentiamoci alla mente una ipotesi.

Nei registri di uno stato civile esistono due atti; un atto di matrimonio di Caio con Sempronia; un atto di nascita di Paolina da quel matrimonio. Caio che ha una concubina ed ha avuto dal commercio con essa una figlia adulterina, si propone di distruggere tutto ciò che risulta dai registri dello stato civile, e di sostituirvi altre iscrizioni. Caio opera così sottilmente che riesce a cancellare con reagenti chimici le pagine dove quegli atti sono scritti, e surrogarvi: 1° un falso atto di matrimonio colla femmina sua concubina; 2° un falso atto di nascita d'una figlia nominata Lucina, che era in realtà il prodotto dell'adulterio; 3° un falso atto di morte della stessa concubina. L'orrore di tale misfatto in se stesso e per le conseguenze che arreca; lo spavento della pubblica opinione che apprende la possibilità di un completo disordine degli atti dello stato civile, e vede la legge impacciata nei suoi mezzi, oscillante, e infine favorevole al falsario, son compresi, io credo, da tutti gli uomini onesti qualunque sia il loro avviso nella questione legale.

Ebbene, diciamolo, non è questa una ipotesi, è un fatto reale, una storia. È una di quelle *specie* che raccolse il nostro autore (*Trait.* n. 186), e ch'ebbe la soluzione più deplorabile. Indarno il pubblico Ministero sosteneva che le falsità commesse negli atti pubblici erano

reati per sè stanti e indipendenti dallo stato di figliazione. La sua requisitoria venne rigettata; svanì la causa criminale; quel valente uomo di Caio non toccò la carcere; la Corte di cassazione non ebbe altro che un freddo *attendu* di questa maniera « attendu que dans l'espèce, il n'y a eu, au civil, *ancun jugement définitif* sur la question d'état dont il s'agit » (30 marzo 1813) (a).

Ecco il pubblico Ministero, ecco l'azione penale ridotti alla impotenza!

Ecco sagrificata la giustizia nei suoi più grandi interessi. A qual alto principio è stata sagrificata?

*Al riposo delle famiglie*! ho sentito ripetere troppo spesso questa frase. Spieghiamoci: il riposo delle famiglie è la giustizia sociale. E poi, mio Dio! come può pretestarsi il riposo delle famiglie dov'è minacciata la stessa loro esistenza! È ben fuori di dubbio che l'interesse generale deve preferirsi all'interesse particolare; ora quando l'interesse della libertà generale, il diritto della esistenza sociale è posto in compromesso, non può parlarsi *del riposo* di questa o di quella famiglia, delle sue particolari suscettibilità, della convenienza da curarsi, e del segreto da conservarsi!

Dirò di più e questo riflesso tiene alla logica, e quindi non ammette replica. C'è una categoria di azioni colpevoli in ordine alle quali non si procede che ad istanza di parte. Ivi il diritto individuale, ha le sue più ampie e ragionevoli applicazioni (V. capo V). Questo particolare svolgimento del diritto penale emana dall'indole di certi reati, e ripugna dal combinarsi con reati di altra natura più gravi, più universali. *La soppressione di stato* o d'infante è perpetuamente accompagnata dal falso, suo naturale ausiliario; ordinariamente dalla corruzione e dalla prevaricazione; sorpassa a titolo di profonda malvagità e di pubblico pericolo i suoi odiosi confratelli, la esposizione, il rapimento, occultazione, sostituzione, esposizione ed abbandono dell'infante, supposizione di parto (art. 506, e seg. del Cod. pen.), colpiti da severissime condanne. Che siffatte scelleraggini che gettano tanto allarme e tanto

(a) Si domanda che mai avesse a definire in quel caso il tribunale civile! Lo stato della figlia legittima? Donde poteva desumerne le prove? Dai pubblici registri? Ma essi erano alterati, guasti, completamente falsati. Doveva dunque cominciare il tribunal civile dal conoscere se la falsità esistesse, perchè solamente sotto l'intonaco della falsità avrebbe trovato lo stato legittimo; e non si sa perchè questa medesima operazione non potesse farla il tribunal criminale.

spavento nella società, siano abbandonate alla volontà delle parti offese, non fu mai nè detto nè pensato, perchè la giustizia era reclamata da un immenso bisogno sociale; ed ora che avviene? Per una via indiretta col pretesto che le famiglie hanno d'uopo *di riposo*, si vogliono spingere nella quiete sepolcrale della distruzione e del nulla disarmando la giustizia sociale, creando agl'insidiatori tutte quelle risorse che possono ad essi offrire la fiacchezza individuale e gli accidenti di una lite privata.

Oltredichè vano scrupolo e delicatezza inopportuna è quella specie di rispetto che si crede doversi usare al segreto delle famiglie, in caso in cui deve succedere una di queste due; o si mantiene realmente il segreto e tutto va sepellito nel silenzio, e allora è assicurata la impunità del maleficio; o si rompe il silenzio e s'indice la causa civile, è inevitabile una pubblicità clamorosa, e si squarciano i veli che ricoprono o non ricoprono le domestiche vergogne.

**372.** Ma che avverrà del sistema delle prove tanto necessario ad osservarsi? Se noi portiamo una questione di stato al magistrato criminale, vedremo di leggieri sostituirsi alla prova documentale la prova testimoniale che è nelle norme e nelle abitudini costanti di tale procedimento (che mostreremo ben presto essere un errore). Ne verrà quindi una grande confusione nei sistemi probatorii stabiliti con sapienti propositi dalla legge; e gli atti fondamentali del convivio civile saranno esposti a tutto ciò che vi ha d'incerto o di artificioso in una prova per testimonii. Tutto l'apparato della prova scritturale assegnato ai registri civili; per accertarne la monumentale immutabilità e la perennità sarà perduta. Anzi ogni impostore sceglierà volontieri un campo si favorevole ai suoi prestigii!!

Nulla di questo è vero. I tribunali criminali faranno uso delle stesse forme di prova che i tribunali civili (a). La prova generica o materiale *del corpo di delitto* sarà quale la legge impone che sia. I registri civili sono atti pubblici in eminente grado. Sono essi intatti, e regolarmente tenuti? Niuna prova è ammissibile contro di essi; sono inoppugnabili. Si dubitano falsificati? Il magistrato criminale dovrà ingiungere indagini, verificazioni, non altrimenti che il giudice civile

(a) Qui conviene diligentemente avvertire che ciò che si dice in questo paragrafo relativamente alla conformità dei mezzi di prova, è specialmente applicato alla verificazione materiale dei documenti comprovanti lo stato; dottrina che non è punto in opposizione a quella che verremo spiegando nel § LXXXII e seg.

farebbe. Lo stato materiale degli atti civili sarà lo specchio della verità; se le alterazioni si manifestano, qual giudice non si servirebbe di ogni mezzo di prova per andar al fondo dell'intrigo; qual mezzo di prova potrebbe rifiutare se gli giovasse a questo santo fine?

Io non intendo adunque codesta interversione del sistema delle prove.

373. C'è poi della incoerenza. L'azione penale è libera per colpire i reati che sovvertono lo stato di matrimonio, benchè concorrano riflessi non meno ponderosi e del tutto somiglianti: il pericolo di ledere lo stato di figliazione discutendo le basi a cui poggia; l'indecenza e lo scandalo delle tesi disputate; e la ragione delle prove. Gli attacchi *indiretti* contro gli *atti di nascita, e diretti* contro gli atti *di matrimonio e di morte*, sono possibili in causa penale laddove non *sia direttamente attaccato lo stato di figliazione:* ecco il parere generale degli scrittori e la regola di giurisprudenza. Il reato dev'essere essenzialmente legato alla questione di figliazione (*a*).

Il Demolombe si occupa della differenza fra quelle due posizioni di diritto. La celebrazione di un matrimonio, egli osserva, è un fatto solenne, pubblico può dirsi; ed ogni prova può esser buona; anche la testimoniale. Perciò la via criminale è aperta. Ma quanto è più difficile a farsi la prova della figliazione! Quali investigazioni arcane, delicate: come bisogna andar cauti; quante garanzie fanno mestieri (*b*)!

Oltrecciò l'ammissione della prova testimoniale nei fatti di matri-

(*a*) Legraverend, Bourguignon, Helie, n. 1110. — Mangin, n. 190.

(*b*) Si citano a sostegno gli art. 323 e 321 del Codice civile francese (corrispondono a quei dettati gli art. 174 e 190 del nuovo Codice civile). Ma che monta? Intendono quegli articoli che in certi casi determinati dalla legge nei quali il figlio è ammesso a reclamare lo stato, o fare indagini della paternità, si ricerca prima di tutto *un principio di prova scritta*. Giusta cautela per dare maggiore solidità alla prova testimoniale; ma quegli articoli parlano puramente e semplicemente dell'azione civile e della reclamazione di stato resa accessibile dalla incertezza e irregolarità degli atti di nascita, e non suppone punto che la condizione apparente dello stato sia immutata da un delitto. Codesti articoli non darebbero il menomo appoggio alla tesi propugnata dai contrarii: che cioè le straordinarie garanzie che la legge esige in casi analoghi, mostrano che si deve procedere in via civile piuttosto che in via criminale. Essa proverebbe solo che nello stesso giudizio criminale, dovrebbe rispettarsi la stessa qualità di prove se il caso preveduto dalla legge per avventura si presentasse come incidente del giudizio criminale.

monio è giustificata da ciò che non è già il possesso di stato degli asserti sposi che possa fondare un titolo matrimoniale (art. 194, 195, del Codice civile francese) ; mentre il possesso di Stato fornisce una delle prove (ausiliarie almeno) della figliazione. La falsificazione di un atto di nascita non priva il figlio di tutti i suoi mezzi di prova (come dal già detto apparisce) ; al contrario se la frode giunge a tor via quella dimostrazione solenne dei registri civili, il coniugio diventerebbe indimostrabile se non si soccorresse col mezzo di testimonii (Demolombe du Mariage, pag. 276, n. 407, t. II, *edit. belg.*).

Ho voluto dir tutto senza la intenzione di combattere ogni argomento. Quelli tratti dagli art. 194 e 195 del Codice civile francese, non sono neppure speciosi. Non ammettere le verbali testimonianze in fatto di figliazione (menochè a provare la frode) non importa già la esclusione della giurisdizione penale, *quod erat probandum*.

Noi conveniamo, e teniamo per indubitato che i registri dello stato civile non si suppliscono con altri mezzi di prova, ma noi diciamo, bisognerà ripeterlo, che il giudice criminale non altera questo sistema, e procede cogli stessi metodi di prova. Questa risposta basta per tutto. Rende completamente inutile osservare la varietà dei rapporti fra le prove del matrimonio e della figliazione.

Riassumendo le nostre brevi considerazioni sull'art. 168 del passato Codice civile, che sfortunatamente ci è stato ridonato contro ogni nostra aspettazione (art. 32 del Codice di procedura penale), noi troviamo: 1° ch'esso era di troppo grave impedimento allo sviluppo della giustizia penale ; 2° che feriva il sistema nelle sue grandi basi, confondendo il diritto individuale coll'azione affidata al magistrato nell'interesse del diritto; 3° che per autorizzare un tanto disordine, non si aveva compenso di buone ragioni, mentrechè il pericolo di smarrire il criterio della prova era vano e chimerico (*a*).

(*a*) In realtà, alla pubblicazione del Codice civile, io sperai che l'art. 168 non sarebbe più ricomparso: *spe cecidi;* onde ritirate le parole di encomio che avevo consegnate in queste pagine, ho lasciate quelle, per me irretrattabili, della censura.

---

## § LXXXIII. — *Delle prove civili nel giudizio penale.*

*Sistema francese.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 95 a 97).

374. È generalmente ammesso dagli scrittori francesi che gli atti civili e i contratti che si portano alla cognizione del giudice penale, qualora questi sia competente a conoscerne, non possano essere stabiliti, o ritenuti stabiliti che coi mezzi di prova prescritti o permessi dal Codice civile.

375. Questa dottrina, sostenuta da ragioni assai gravi, avrebbe dovuto dissipare le paurose apprensioni che indussero più d'una volta i legislatori a sommettere la giurisdizione penale alla civile, temendo, come già si osservò, che l'uso indifferente e comune di ogni genere di prova che si ammette nei giudizii criminali, fosse per compromettere la sicurezza di quegli atti solenni e di quelle convenzioni che il legislatore civile aveva circondati di sì valide guarentigie (*a*).

L'oggetto del giudizio e non l'istrumento della prova costituisce le giurisdizioni; ed essendo possibile che materie e fatti civili siano portati alla cognizione del giudice penale sotto l'aspetto della critica e della storia onde fissare delle basi alle sue deduzioni intorno al reato, non è incompatibile nè contrario alla natura del processo penale il servirsi di prove civili per tali atti e fatti civili.

Ogni genere di prova è ammesso in criminale; la convinzione morale non soffre i limiti di una inopportuna legalità, e non avrebbe in se stessa la potenza del proprio fine se non fosse perfettamente libera da ogni regola precostituita: chi mai potrebbe dubitarne? Ma tutto ciò è relativo al delitto e alle prove del delitto; ma gli atti e i contratti civili purchè non contengano essi medesimi il delitto, non esistono nella convinzione e nella fede del nostro spirito ma risultano da certe condizioni estrinseche che stabiliscono per essi un modo spe-

(*a*) « Je viens de dire que dans ces matières, le juge criminel demeure soumis, pour la recherche et l'admission des preuves, a toutes les règles qui sont imposées aux tribunaux civils », n. 171. Poi in un luogo di quella discussione disse: « *la voie de la plainte n'est ouverte*, soit au Ministère public, soit aux parties lésées, *que dans les cas où, d'après la loi civile, la preuve testimoniale est admissible* ».

ciale di dimostrazione e quindi di esistenza. La obbligazione civile non nasce da quell'atto che quando sia nella sua forma perfetto; e la volontà dettata o il consenso prestato sono insufficienti. Non nasce dal testamento l'obbligazione all'erede legittimo di rilasciare i beni se il testamento non sia nella sua forma perfetto. E vi saranno certamente dei casi nei quali il giudice penale troverà che la obbligazione penale suppone un fatto giuridico precedente che si aveva civilmente il debito di rispettare e di adempiere; e allora per conoscere il valore e la importanza obbligatoria di quell'atto dovrà ricorrere alle norme della legge civile. Potrebbe trovarsi assurdo che i fatti civili abbiano a perdere il loro carattere e il loro modo di esistenza per la sola ragione di essere esaminati da un giudice piuttostochè da un altro; quasichè i diritti non esistano per se stessi, quasichè le solenni guarentigie sotto le quali furono posti non siano che transitorie, non oggettive ma soggettive e mutabili e senza condizioni di permanenza e di durata; e allora potrebbe domandarsi che guarentigie siano queste, e quale interesse pubblico abbia consigliato ad ordinarle.

La dottrina francese ha in questa parte una grande solidità: vedremo poi nel capitolo seguente quali modificazioni vi abbia portato la nostra legge di procedura penale.

376. Quanto alla estensione e alla reale e pratica efficacia di quella teoria, essa ne ha meno di quella che altri possa pensare. È molto raro che il delitto sia fuori dell'atto o contratto e non colpisca che la sua esecuzione. La violazione di un contratto, vista anche dal suo lato positivo (poichè dal lato negativo — inadempimento — non sarebbe forse mai un delitto) offre poca e scarsa materia alle inquisizioni penali; il più delle volte è affare civile. Chiaro è poi che quando il delitto è lo stesso contratto, e quando il delitto è penetrato nell'atto o nel contratto alterandone il costrutto e falsificandolo, come quasi sempre avviene, l'atto non può più far fede o prova a se stesso e bisogna ricorrere ai mezzi testimoniali. Allora la prova testimoniale è ammissibile, dice lo stesso Mangin, e mi è grato riportarne le parole per avvalorare una delle tesi più interessanti del processo penale « parceque le fait qui motive les poursuites ayant eu précisément pour objet la destruction ou la soustraction de la preuve littérale de la obligation ou de la existence du droit dont la partie lésée est creancière, *on ne peut opposer soit à elle, soit au Ministère public, la disposition de l'artic.* 1341 *du Cod. civ.*, qui veut qu'il soit passé

acte dévant notaire du sousignature privée de toute choses excédant la somme ou la valeur de 150 fr. et rejette la poursuivite sont pretexte que la partie lésée aurait du se conformer a cet article (a) ».

377. Con ciò parmi vedere che le scuole francesi più o meno liberali concordano nei principii e nei limiti della loro applicazione. Il nostro Mangin appartiene alle seconde; è partigiano dell'autorità civile; mette il concetto dei mezzi al di sopra di quello del fine; predilige la dipendenza della giurisdizione penale pel sospetto di troppa facilità e larghezza nel giudizio delle prove, e nón fa grazia neppure al pubblico Ministero. Dopo ciò dettava le parole che ho trascritte. Il Merlin è quegli che ha spiegate le idee più liberali in questa materia (b): nondimeno riconosce che vi sono delle basi di fatto che non possono essere accettate che alla misura delle leggi civili, e ad essa è d'uopo conformare la prova.

## § LXXXIV. — *Delle prove civili nel giudizio penale.*

### *Sistema italiano.*

378. In fondo al Codice di procedura penale e dove non si crederebbe trovarlo, vi è l'art. 827 che dice così: « Ogni volta che per

(a) Conformemente a questa regola fu deciso (*Cassat.*, 4 *oct.* 1816, 21 *oct.* 1824) che la esistenza e la distruzione di un testamento olografo poteva esser provata per mezzo di testimonii, *senza d'uopo di un principio di prova scritta.*

(b) Meritano di essere ricordate queste sue parole: « Il est certain, qu'en matière de crimes et de délits, *la compétence des juges criminels n'est circonscrite par aucun borne, n'est modifiée par aucune réserve, n'est limitée par aucune exception*; que dès qu'un crime est articulé, les juges criminels *peuvent et doivent le rechercher, le poursuivre, le juger dans tous les éléments qui le costituent et en forment la substance;* et que, lorsque parmi ces éléments, il se trouve une question de droit, *il peuvent et doivent les juger ni plus ni moins que si c'était une question de fait* (*Répertor.* V. *Bigamie*, n. 2) ».

Accanto a queste nobili dottrine di Merlin, s'impicciolisce la opinione del Toullier che giova rammentare perchè è quello che più rappresenta, si direbbe, la idea retrograda. Egli crede di essere fondato *dans la nature des choses* mentre sostiene che l'azione pubblica rimane sospesa dall'azione civile « tontes les fois que le prétendu délit présuppose l'existence d'un fait anterieur non reconnu dans les tribunaux criminels, ne peuvent connaître, soit que les lois leur enterdisent directement la connaissance, *soit qu'elles ne la leur interdisent que indirectement, et pour ne pas donner aux plaideurs un moyen détourné de se menager la preuve testimoniale dans les cas ou elle n'est pas admissible* ». Tom. IX, n. 147, *et seq.*

l'accertamento dei reati *debba provarsi la esistenza dei contratti da cui dipendono*, si ammetterà a questo fine, in un colle altre prove, anche la prova testimoniale, *quantunque tal prova non fosse ammessa a termini delle leggi civili* (a) ».

È già evidente che i nostri legislatori pensavano alla storia poco rassicurante della giurisprudenza francese, e fecero un gran passo in avanti troncando le pastoie e gl'imbarazzi delle prove.

379. Ponendomi arditamente nella interpretazione di questa legge, dichiaro sin da principio che in quella parola *contratti* io intendo proprio i *contratti*, e non altri atti civili che propriamente contratti non possono chiamarsi.

È solamente a questa condizione d'intelligenza che io credo buona la legge e per difenderla alzo il braccio e la voce.

Nel precedente capitolo io poneva in vista, non senza forza di espressione, le ragioni che militano a favore della teoria più ricevuta in Francia rapporto al gius quesito alle forme degli atti civili. Ma io credo che la legge abbia con molta sapienza tolto via tutto ciò che vi ha in quella teoria di troppo convenzionale, salvando tutto che vi ha di essenziale e immutabile.

Lo scopo di questa legge è liberale. L'impaccio delle forme è sempre dannoso a una verità materiale che si cerca. In particolare se il delitto *est in eodem contractu*, è evidente che non si può e non si deve imporre al giudice penale la osservanza della forma civile (b). E questo è già il più gran numero dei reati. Osserviamo l'altra parte: il reato è fuori del contratto, ma il contratto porge un pretesto e un'occasione al delinquente, ovvero, come si esprime la legge, il *reato dipende dal contratto*. La violazione e abuso del mandato dipende in questo senso dal contratto di mandato; la violazione e abuso di deposito dipende dal contratto di deposito.

In questi semplici termini posta la questione da trattarsi, l'altra ragione della legge si appalesa; e si scorge che la formalità è dispensata in odio del delitto e in relazione al suo autore, per motivi che mentre riguardano il perfetto esercizio dell'azione penale, non formano verun dannoso precedente o eccezione alla massima di diritto civile. Desidero non si smarrisca questa idea che a me sembra di gran

(a) Codice di procedura penale, 1859.

(b) Non s'impongono neppure al giudice civile le regole della prova scritta nei casi — *di delitti o quasi delitti* — art. 1348, n. 1.

momento; la forma dei contratti non essere di diritto primario negli ordini civili ma secondario, tenendo bensì all'interesse generale, ma non costituendo lo stesso interesse generale in un modo sì assoluto come negli atti dello stato civile, o negli stessi testamenti e disposizioni d'ultima volontà. Difatti il legislatore può dispensare da estrinseche solennità certi contratti per assoggettarvene certi altri, ed arbitrare intorno a ciò secondo la sua prudenza, ma vi sono ben altri atti che nessun legislatore, che abbia in pregio di essere chiamato civile, può ridurre alla condizione della forma privata.

La forma dei contratti è un qualche cosa intanto stabilito nell'interesse del bene: il legislatore ha veduto che andrebbe a pervertirsi questo scopo. La forma può ricoprire sino a un certo punto una violazione e una mala fede. Ma *sino a un certo punto*, intendiamoci. Un cattivo mandatario, come un compratore di mala fede, che non vuole eseguire il contratto, o non vuol rispondere alle obbligazioni che gliene derivano, lo impugna perchè, non fatto secondo le forme, è nullo. Fin qui il legislatore tollera, se questo è un inconveniente, sente però che il mandante o il venditore dovevano cautarsi meglio, ed è fermo nel credere che, così facendo, fa l'interesse del bene esigendo alle importanti transazioni durevoli e solide guarentigie. Ma quando l'infedele depositario, e l'improbo mandatario, passano la linea e si slanciano nel delitto, la legge non permette più che per difendersi possano allegare una nullità di forma. Ecco esposto il vero spirito della legge e dell'art. 827. E la ragione è questa: che tutta la condotta di coloro si ritiene informata del dolo; che quando sopra un fatto giuridico qualunque si fabbrica un delitto non si possono invocare a propria difesa le leggi tutelari dei fatti medesimi; che non può rovesciarsi sino a questo punto l'azione benefica della legge; e che infine il delitto esiste nell'abuso di un fatto morale, e nella coscienza dello stesso delitto.

380. Segnalando questo vero progresso di moralità giudiziaria, sentiamo però il dovere di additare i confini della disposizione. Se n'è già dato qualche cenno. La legge ha detto *contratti*. Sono quindi fuori della sua disposizione *gli atti dello stato civile, gli atti di ultima volontà, gli atti giudiziali*.

Il giudizio di un reato, supponiamo di soppressione di stato, senza falso dei registri, renderà indispensabile l'esame dei registri dello

stato civile. La esistenza di codesti registri potrà provarsi con testimonii? No, mai.

Uno è imputato di espilata eredità; egli risponde di esser proprietario; ma contro la eccezione di proprietà opposta dall'imputato si asserisce la esistenza di un testamento che lo avrebbe escluso da qualunque diritto su quel patrimonio. La esistenza del testamento si vuole stabilire con prove testimoniali. Può farsi?

In un processo criminale di falso giuramento in causa civile, sarà fondata l'accusa ove non si dimostri che il giuramento fu prestato sopra atti validi, e giusta le forme prescritte nel processo civile? Al difetto di tali prove potrà supplirsi con testimonii? Tolga Dio che nessun giurista possa dir questo.

Vi sono adunque due ordini di fatti che non devono confondersi. Il divario esiste evidentemente; cerchiamone la ragione. Se non piglio errore, parmi averla indicata. La forma del contratto e delle private convenzioni è sotto la mano del legislatore che convinto da ragioni superiori di moralità può dispensarla onde non si converta contro il proprio scopo. Al che si aggiungono le altre ragioni surricordate; ma gli altri atti invece sono d'ordine pubblico essenziale; sono il fondamento dell'accusa; sono la condizione stessa dell'accusa e del reato, poichè non vi sarebbe propriamente soppressione di stato, se lo stato non fosse legalmente constatato; non vi sarebbe dilapidazione della eredità testata se il testamento non fosse e valido non fosse; non vi sarebbe il delitto di falso giuramento se l'atto di giuramento fosse nullo.

## § LXXXV. — *Questione pregiudiziale. Bigamia. Legislazione e giurisprudenza francese.*

(Mangin, *Compendio*, n. 107 a 111).

381. La dottrina e la giurisprudenza francese giunte a così dire in faccia al tema della bigamia sembrano confondersi: ho veduto quella mente splendida di Merlin oscurarsi; cadere in qualche contraddizione, e sentire il bisogno di mutare avviso. Niuno l'ha mai fatto più francamente di lui. Il nostro autore ha trattato il tema largamente, perfettamente non può dirsi, e finisce col lasciare delle idee molto incerte.

382. I due matrimonii sui quali si asside, passatemi la figura, quello sciocco demone della bigamia, sono di quei fatti solenni della vita civile dei quali la legge civile si occupa in un modo tutto particolare: fatti complessi la cui validità si compone di un gran numero di elementi che devono insieme concorrere. Ecco già subito fatta meditabonda e grave la condizione del giudice della bigamia. È consueta difesa del bigamo di attaccare la validità dell'uno o dell'altro dei due matrimonii che lo tengono nei lacci. Deve allora il giudice penale sospendere ogni giudizio? Può o non può il giudice penale conoscere della esistenza dei matrimonii la cui coesistenza è condizione *sine qua non* del reato di bigamia? Dovrà rimettere e dovrà sempre rimettere al giudice civile la cognizione della validità o nullità; o soltanto potrà farlo, avrà facoltà di farlo (*a*)?

383. Può domandarsi dapprima se, non essendovi alcuna disposizione di legge che attribnisca ai giudici civili la competenza delle questioni matrimoniali eziandio proposte come incidenti di giudizii criminali, derivi ad essi la competenza esclusiva dalla natura generale del titolo o materia controversa. Io credo che veramente quelli che mantengono la competenza del giudice civile, non abbiano mica fondamento più solido di questo. Il quale assunto potrebbe provarsi in tre maniere: 1° il matrimonio è una istituzione essenzialmente civile per la natura sua. Che se in quanto è falsata e manomessa dal delitto può formar soggetto ai gindizii penali, in quanto però il matrimonio sussiste, in quanto è fornito di tutti quei requisiti intrinseci ed estrinseci onde si costituisce la vasta sua mole, i soli tribunali civili sono indicati a giudicarne essendo nella sfera ordinaria e naturale delle loro attribuzioni; 2° La gravità del soggetto, la moltitudine degli elementi che bisogna esaminare, la importanza delle questioni che ne sorgono, non sono in proporzione con un giudizio criminale, non possono attrarre una attenzione abbastanza estesa; sarebbe un fuor d'opera quando uomo volesse caricarne una Corte d'assise; 3° Un matrimonio incidentalmente riconosciuto valido o nullo da un tribunale correzionale o criminale, non potrebbe aversi per tale in forza

(*a*) È noto che Carnot negava ogni competenza ai tribunali civili di conoscere della validità di un matrimonio. Locré così vicino alle sorgenti, aveva delle opinioni molto meno assolute in questa materia, prevedendo che gli apprezzamenti del tribunale criminale avrebbero anche potuto supplire a non poche incertezze dell'atto matrimoniale.

di una regiudicata pregiudiziale che facesse stato *quoad omnes* e a tutti gli effetti, della convivenza sociale, della figliazione, e della successione; e la dichiarazione non avrebbe reale efficacia che nei limiti ed agli effetti dello stesso giudizio penale.

384. Alle quali ragioni che molto valore hanno in sè, la giurisprudenza francese aggiunse una distinzione gravissima.

Il giudice criminale si disse, è competente a statuire sui mezzi di nullità che l'accusato di bigamia può opporre contro il matrimonio che forma il suo reato, cioè il secondo matrimonio (*a*): ma varia la bisogna quando si tratta di attaccare il primo matrimonio. E qui abbiamo oppositore lo stesso Merlin che si aggira egli pure in questo argomento. Il delitto non è nel primo matrimonio ma nel secondo; e non è nel secondo se non nel supposto che è valido il primo. Il giudice criminale è dunque incompetente per conoscere della esistenza e validità del primo matrimonio (*b*).

La inconcludenza di questo argomento e il precipizio di quel *dunque* fu constatata anche da Mangin, ma finalmente viene nella medesima sentenza. Aderendo ad una decisione della Cassazione del 16 decembre 1826, che divise i voti dei giudicanti, tiene l'illustre autore giustamente decretata la competenza (e qui diremo *esclusiva* perchè la competenza naturale non è da veruno negata) dei tribunali civili *a sentenziare delle nullità dei matrimonii*.

Bisognava bene mettere in sodo che l'esame della nullità del primo matrimonio sollevata dall'incolpato (*c*) non solamente è pregiudiziale all'esame della validità del secondo, ma è di natura che come quella dello stato di figlio, trasporta il giudizio dal criminale al civile.

Sulla pregiudizialità, l'art. 189 del Codice francese dice: « Si les nouveaux époux (i secondi coniugi) opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée *préa-*

(*a*) Fra le altre cose che fanno diverso il disputare del primo ovvero del secondo matrimonio, vi ha questo riflesso: che il secondo matrimonio potrebb'essere anco viziato e nullo, e tuttavia non esonerare dalla colpa coloro che lo contrassero nella opinione della sua validità. Più specificamente la Cassazione disse una volta che quando il secondo matrimonio sia rivestito dell'esterne formalità volute dalla legge, la sua nullità non distrugge il reato. (CHAUVAU *ed* HELIE, *Teor. del Cod. pen. Cassat.* 19 *dec.* 1807). Non garantisco la bontà della decisione.

(*b*) MERLIN, Requisit. per la Decis., 11 agosto 1811.

(*c*) E dev'essere espressamente eccitata la questione, *un mariage n'est jamais nul de plein droit.*

*lablement* ». Vi è più in questo articolo di una pregiudizialità logica: vi è una pregiudizialità giurisdizionale. Se il giudice investito della causa relativa alla nullità del secondo matrimonio (art. preced. 188), sente opporsi che il primo è nullo, deve sospendere il proprio giudizio e rimettere la causa a quel giudice che per ragione di luogo o di persone sarebbe competente.

Questo punto è assicurato alla giurisprudenza civile. Lo dev'essere eziandio alla criminale, scrivono Mangin, Helle, Chauvau ed altri, per identità di ragione. Se la eccezione di nullità del primo matrimonio è pregiudiziale, poco importa se sia sollevata in un giudizio civile o in giudizio criminale; non perderà il suo carattere.

Ecco per consenso di scrittori gravissimi consolidata una dottrina che in vero non sembra un portato necessario degli art. 188 e 189. Questa dottrina darebbe esistenza ad una nuova *questione pregiudiziale* assoluta: ed un nuovo ostacolo sorgerebbe al libero esercizio dell'azione penale.

Ma i signori Chauvau ed Helie (*Th. de Cod. pen.* n. 2938), affermano che la giurisprudenza francese è concorde, e citano decisioni benchè un po' antichette. Nel Repertorio di Ledru-Rollin si porta qualche altra decisione; non ne conosco di recenti. Ciò proverebbe che si è fatto silenzio sulla disputa, e che in Francia non se ne dubita più (a).

385. Tuttavia resta ancora a vedersi se la giurisdizione criminale sia privata d'ogni facoltà, o abbia almeno quella di estimare la importanza che può avere la domanda di rinvio. Questa facoltà si è mantenuta nella giurisdizione criminale. Nulla di più ragionevole, e tale inflessione della pratica ci riconcilia in qualche modo colla teoria. Quindi fu deciso che non basta all'incolpato di bigamia opporre delle negative generali rapporto agl'impegni del suo primo matrimonio; o di avere impugnati, senza iscrizione in falso, i registri matrimoniali. Qualche volta si è fermato che l'imputato non può proporre nullità che non gli siano personali; tal altra il tribunale criminale si occupò dell'eccezioni di prescrizione (b). Con simili temperamenti fece abbastanza moderato l'esercizio delle due giurisdizioni.

(a) V. anche Dalloz, v° *Bigamie.*

(b) Arr. Cass. 2 aprile 1807, 8 aprile 1811, 17 dicembre 1813. Dalloz, V. Ledru Rollin, *Répert.* v° *Bigamie.*

## § LXXXVI. — *Continuazione.*
## *Legislazione e giurisprudenza italiana.*

386. Il Codice albertino non aveva disposizioni nè per annullare i matrimonii, nè per proferire giudizii sulla loro nullità. Un silenzio quasi pauroso faceva comprendere che la istituzione era dominata dal potere teocratico. Perciò la istituzione matrimoniale nel Codice albertino era la più monca e imperfetta di ogni altra; e sembrava in questa parte la legge mancare di ogni previdenza perchè in effetto mancava di ogni libertà. Null'adunque che tenesse alla istituzione, o nel rapporto intrinseco o nell'estrinseco, era regolato dal Codice che può dirsi, si manteneva in disparte temendo che la sua propria ingerenza non offendesse qualche suscettibilità religiosa, non bene compresa, io credo, ma che si esitava persino di comprendere. Potevano bene studiarsi dei limiti e fissarli, fra le attribuzioni della Chiesa e quelle dello Stato anche in questa gelosa faccenda dei matrimonii, ma ciò implicava l'esame: e lo Stato pareva spaventarsi della propria libertà d'esame. Alla Chiesa adunque il dettare le condizioni intrinseche del matrimonio; alla Chiesa le forme, la custodia, le prove; alla Chiesa i giudizii. Lo Stato accettava la istituzione bell'e fatta come gli veniva da un potere superiore; egli non aveva altro a fare che inculcarne il rispetto, la osservanza, che additarne e prescriverne i doveri. Quindi il Codice albertino manca precisamente di quel capo che nel Codice Napoleone s'intitolò — *delle domande per nullità di matrimonio* — perchè di siffatte nullità lo Stato non si preoccupava. Appena, quando parlò *della separazione personale dei coniugi*, parve ricordarsi *dell'Autorità civile* (art. 140), alla quale si diedero alcune facoltà *momentanee e provvidenziali* con una dipendenza assoluta *dal giudice ecclesiastico*, la cui *autorizzazione* era necessaria persino in quella misura transitoria e del tutto esterna *della separazione*.

La legislazione albertina, quantunque non senza indizio di progresso negli ordini civili, apparteneva pur sempre alla categoria di quelle della ristaurazione: nel 1837 non si poteva fare di meglio. Ma tornando alla questione nostra, semplicemente giuridica, io dico che non avendo avuto il Codice occasione di stabilire cosa alcuna rapporto all'autorità dei tribunali civili nelle occasioni matrimoniali, venne così a mancare ogni riscontro agli art. 188 e 189 del Codice

civile francese; e quindi il punto d'appoggio della controversia pregiudiziale.

E in fatti, per quello abbiam visto nel § precedente, se non si trovasse scritto quell'art. 189, che imponeva *il giudizio preventivo* della nullità del *primo matrimonio*, la comune dei giuristi francesi non avrebbe potuto proclamarlo come la volontà della legge, e si credeva anche volontà chiara per cui ogni disputa era interdetta. La questione sarebbe rimasta più che mai abbandonata alla logica, alla ragione, alle analogie, alle applicazioni affini; e così fu in effetto.

387. A noi è stata data una guida ed una scorta benefica nell'articolo 33 del Codice di procedura penale vigente, al quale corrispondeva il 31 dell'anteriore. Quell'articolo non parla che *della proprietà o di altro diritto reale;* e invero la sua portata è scarsa ed incompleta. Contuttociò sarebbe sì ragionevole di provvedere nel modo che l'articolo insegna avvegnachè l'articolo non esistesse, che altrettanto facile è la sua estensione a casi compresi nel suo spirito. Trovo intanto una decisione notevole della Corte di cassazione di Torino, dell'unica che era nel 1859, nella quale veggo precisamente in fatto di bigamia, applicato il suddetto art. 31 (*a*).

Un Bosio, ufficiale in ritiro, era stato condannato a sette anni di reclusione per reato di bigamia dalla Corte d'appello di Sardegna con sentenza del 28 agosto 1858. Il Bosio aveva contraddetta la validità del suo primo matrimonio, insistendo perchè la Corte si dichiarasse incompetente o almeno sospeso il giudizio criminale, rinviasse al tribunale ecclesiastico la questione pregiudiziale sulla nullità del primo matrimonio. La Corte d'appello rigettò la domanda, e si fece luogo al ricorso in Cassazione. La Corte suprema pronunciò nel 15 gennaio 1859, rigettando il ricorso. Ciò che è sommamente osservabile in quella decisione è l'applicazione già detta dell'articolo 31. Del resto la sentenza meritò approvazione perchè la eccezione dell'accusato si mostrava senza fondamento. Gli atti e registri dello stato civile non erano stati impugnati con iscrizione in falso (*b*): erano dunque in

(*a*) L'articolo sarà riportato al § LXXXVIII, ove l'argomento è più ampiamente trattato.

(*b*) Nella Cassazione franc. del giorno 6 gennaio 1807, fu ritenuto: che quando un prevenuto di bigamia attacca di falso l'atto del suo matrimonio, si rinvia il prevenuto stesso e la causa al tribunale che deve conoscere del falso (*Réper.* LEDRU ROLLIN, v° *Bigamie*, n. 75.

condizione d'implicita validità, e il loro effetto non poteva essere sospeso (a).

Questa era la giurisprudenza degli uomini del tatto pratico, degli uomini prudenti. Essa avrebbe avuta l'approvazione di tutti i consulenti forensi, e di tutti i magistrati che sono sul terreno del fatto. Io credo che non vi sia ragione alcuna per cangiare questa giurisprudenza in cospetto del nuovo Codice civile.

388. Il nuovo Codice civile ha rivendicato allo Stato la sua autonomia legislativa anche sul matrimonio. È questa una materia in cui bisogna far tutto o nulla. Il matrimonio teocratico, dev'essere teocratico tutto, sino ai giudizii. Se all'ecclesiastico che ha incontestabilmente il potere religioso, date anche il potere civile, voi Stato, subite interamente la sua legge; voi ricevete dalle sue mani la istituzione bella e fatta (chieggo licenza di ripetere la mia frase); vi sottoscrivete docilmente a riconoscere dall'ecclesiastico le forme intrinseche ed estrinseche del matrimonio, e per esser logico dovete anco venirgli rinunciando la podestà dei giudizii. Come volete voi giudicare di leggi che non son vostre? Ora lo Stato riprende nel Codice civile il posto che gli compete e fa bene.

Il matrimonio è una istituzione complessa di rapporti; ne' suoi aspetti, nelle sue relazioni, nei suoi fini, molteplice. Il filosofo, l'uomo di Chiesa, l'uomo di Stato, lo considera ognuno dal suo proprio punto di vista, ognuno lo colloca nel proprio orizzonte. Per la Chiesa è un simbolo sublime; un sacramento; è una istituzione al tutto divina.

(a) Considerato che avendo il Bosio nelle sue risposte eccepito di nullità e falsità il primo matrimonio, accennando a supposizione di persona, ed avendo i suoi difensori fatto istanza perchè si soprasedesse nel giudizio criminale e s'inviasse l'accusato al tribunale ecclesiastico competente per conoscere delle fatte eccezioni, la Corte d'appello esaminando come di diritto le dette eccezioni, giustamente osservava che a fronte degli atti autentici estratti dal libro parrocchiale, sarebbe stato necessario, per dare qualche consistenza alla semplice allegazione della inesistenza o falsità di quel primo matrimonio e della conseguente falsità di detti atti, che l'accusato Bosio si fosse iscritto formalmente in falso contro i medesimi, il che non fece; e che i motivi di nullità, stante la fede di quei documenti non reggevano, nè erano tampoco veri motivi di nullità, per non esser tolta la fede ai documenti medesimi, epperciò senz'arrestarsi alla istanza pel rinvio, pronunciò sul merito dell'accusa colla condanna del Bosio; che pertanto la Corte d'appello, lungi d'aver violato *il principio generale della competenza consacrato col citato art.* 29 (che fu il 31, nella procedura del 59) del Codice di procedura criminale; vi si è invece esattamente uniformata... Rigetta, LAVAGNA *Rel.*

Per lo Stato non è e non può essere che una istituzione umana. Lo Stato deve regolarla, custodirla, mantenerla per gli ortodossi e pei non ortodossi, per tutti. Tutti gli uomini, religiosi o no, atei o credenti hanno diritto al matrimonio ; e la istituzione dev'essere uguale per tutti. Laonde, o nessuna legge sul matrimonio, o uguale per tutti. Non può lo Stato farsi mostrare ai fidanzati il certificato della loro credenza; pei cattolici astenersi, e mandargli al diritto canonico e al Concilio di Trento: agli acattolici e ai nulla credenti applicare le proprie leggi. Non può lo Stato sull'ara dei coniugi sacrificare il gran principio della libertà di coscienza; e farsi apostolo della fede. A Berlino e a Costantinopoli i governi domanderanno la stessa privativa a favore delle rispettive loro religioni ; religioso per essere schiavo, irreligioso per farsi tiranno, ecco cosa sarebbe lo Stato che perdesse la coscienza della propria missione, affettando la coscienza dell'individuo.

Ma le leggi dello Stato e quelle della Chiesa potranno trovarsi in contrasto, in una vera contraddizione ! Senza dubbio. Lo Stato ammetterà dei matrimonii fra persone che secondo la Chiesa non potrebbero essere unite in matrimonio ; lo Stato ammetterà il matrimonio degli ecclesiastici di qualsivoglia religione siano ministri. Lo Stato non si preoccupa di contraddizioni perchè la sua missione non è religiosa, quindi non essendo da lui lo studio delle religioni, non può nè deve sapere se ve ne siano che pongano ai matrimonii, per partecipare della loro spiritualità, vincoli e condizioni diverse. Lo Stato consulta i proprii fini : ad essi provvede. La sua legislazione puramente umana e sociale, è la libertà. Nulla esige, nulla impone e nulla pretende. Chi non si trova abbastanza soddisfatto delle formalità civili, ricorre all'altare; tutti i cattolici lo faranno, lo faranno tutti quelli che hanno senso religioso. Se lo Stato concede al cittadino ciò che la religione divieta : ebbene egli non approfitterà della concessione : si asterrà. Quegli a cui fa scrupolo la parentela, o la professione ecclesiastica, si guarderà da quel matrimonio, o dal matrimonio in generale : ecco tutto. Infine si troverà che la completa separazione dello Stato dalla Chiesa è e sarà sempre l'unica guarentigia della libertà reciproca (a).

(a) Vero è che le leggi dello Stato annulleranno talvolta un matrimonio che le leggi della Chiesa riconosceranno valido. Ciò significa che l'uomo, cattolico e cittadino, non ha adempito totalmente alla legge, ha adempito a quella della

389. Questa è una piccola digressione nel mio tema: però troppo necessaria. Abbiamo adunque nel nuovo Codice una legislazione matrimoniale. Peraltro non ci sono articoli che facciano riscontro agli art. 188 e 189 del Codice francese. Non si è scritto espressamente che l'autorità civile giudica le questioni matrimoniali, e che disputandosi in caso di bigamia, della validità dal primo matrimonio, *debbe questa causa decidersi preventivamente*. Simili regole appartengono piuttosto alla procedura che al Codice civile. O i nostri legislatori riputarono senza uno scopo realmente utile, il rinnovare nel Codice quell'antico ordinamento francese; o non videro in esso quella importanza che gli venne nel foro attribuita; o pensarono che in qualche altra parte della legislazione si troverebbe la guida da seguirsi, o che finalmente non ci fallirebbe la logica. Ognuno di questi pensamenti è ragionevole. Ci resta sempre l'art. 31 del Codice di procedura penale.

Cominciamo ad esaminarlo, per compierne l'esame nei §§ seguenti nei quali si fa luogo alla sua applicazione diretta.

Chiesa non a quella dello Stato. Bisogna adempiere all'una e all'altra onde il matrimonio sia valido in ordine ai due diritti. Quel cattolico è anche cittadino, bisogna che se lo rammenti. Ha due doveri da adempiere, paga due tributi; a Dio e a Cesare. L'uno non vale l'altro. Per godere i beni della Chiesa e riposare nelle sue benedizioni, ha eseguite le sue prescrizioni e ha fatto benissimo. Ma per godere i beneficii che la società accorda allo stato di matrimonio e partecipare del diritto civile, deve eseguire eziandio le prescrizioni dello Stato. Ciò è affatto naturale. Si è di già avvertito che ove tali prescrizioni fossero o sembrassero incompatibili con certi canoni ecclesiastici, il cattolico che teme, si astiene, e così concilia la sua coscienza col suo dovere. Incompatibilità per altro, anche questo bisogna notarlo, che, se mai possibile, non può avvenire che in casi rarissimi e del tutto straordinarii.

(a) « Ove contro l'azione penale si proponessero eccezioni puramente civili concernenti la proprietà o altro diritto reale, le quali, se sussistessero, escluderebbero il reato, il giudice esaminerà se le medesime abbiano qualche apparenza di fondamento. Nel caso affermativo, soprassederà e rimetterà la cognizione del merito di dette eccezioni al giudice competente, prefiggendo un termine all'imputato per far fede delle sue diligenze. Nel caso negativo il giudice pronunzierà sul reato come sarà di ragione ». L'art. 33 del Codice di procedura penale, 26 novembre 1865, vi corrisponde nel concetto e quasi nelle parole. Occorrendo variazione, se non terrà conto in nota.

## § LXXXVII. — *Continuazione.*

*Osservazioni sull'art.* 31 *del Codice di procedura penale del* 1859.

390. La prima considerazione che si presenta intorno all'articolo 31, e che influisce potentemente o per ampliare ed estenderne l'applicazione, ovvero per escludere e respingere ogni ampliazione ed estensione, è questa, che l'articolo fu scritto proprio e unicamente per la *quaestio proprietatis* che sorgesse, come dice il testo, *contro un'azione penale.* Volere trovare nel contenuto dell'articolo, nello spirito almeno se non nelle parole, eccezioni d'altra natura, quantunque molto più rilevanti nel loro oggetto e nelle loro conseguenze sarebbe, a mio avviso, vano sforzo della mente, e contro la verità della storia. I legislatori del 1859, bisogna convenirne, prescrissero al giudice penale un limite invariabile e certo in quell'articolo; gli diedero facoltà di *sospendere il giudizio e rimettere la cognizione del merito delle eccezioni al giudice competente;* ma in quelle cause solamente in cui la *questione di proprietà* poteva anche presentarsi come esclusiva del reato, senza punto occuparsi di quelle che riguardano lo stato della persona.

391. Se come io venni ragionando nella mente, l'art. 168 del Codice civile albertino fosse sparito, se non fosse ricomparso nell'articolo 32 della nuova procedura penale, io avrei mantenuta all'art. 31 del caduto Codice, ed ora 33 dell'attuale, quella estensione di cui mi parve esser capace: cioè la facoltà di conoscere eziandio di tutti gli incidenti che sarebbero per sorgere nel giudizio dei reati relativi allo stato delle persone, senza eccezione alcuna. Ora dobbiamo bene escluderne i reati di soppressione di stato d'infante; ma rapporto a tutti gli altri che riguardano lo stato di paternità, di matrimonio, ecc., con qualunque mezzo siano stati consumati, ritengo ancora che dall'articolo 31 ora 33 della procedura penale, largamente considerato, discenda il corollario *della pienezza della giurisdizione penale.*

392. Per altro il possesso totale e pieno della giurisdizione, non importa nè *la facoltà assoluta* di giudicare di tutte le materie che hanno bensì una relazione coll'oggetto principale della causa ma, considerate in sè, sono distinte e cadono nel dominio naturale di un'altra

giurisdizione; non importa neppure *l'obbligo assoluto* di giudicare di quelle materie; ma alla pienezza della giurisdizione si addice benissimo *la facoltà* di sospendere il giudizio, e *con cognizione di causa*, rimetterlo eziandio ove occorra, alla giurisdizione civile.

Vi sarà il caso in cui il giudice penale, l'istruttore, la sezione d'accusa, sentirà la necessità di un formale giudizio dell'autorità civile per assicurare le condizioni di diritto preesistente che devono fornir base alle successive indagini penali. In molti altri casi un simile giudizio sarà trovato inutile, imbarazzante, pericoloso e funesto. Ma la giurisdizione criminale deve conoscerlo, deve dirlo, deve decidere volta per volta, caso per caso, secondo la varietà, indefinibile *a priori*, delle circostanze. La regola che noi ereditammo dai Francesi sapeva infinitamente troppo *della prova legale*, del precostituito, e del presentimento *a priori;* la teoria che emana dall'articolo 31 (33), male ancora redatto, è la teoria della libertà.

Noi vedemmo il nostro sommo magistrato invocare l'art. 31 (*a*), e così segnalare una specie di progresso giuridico, verificandosi in questo modo di apprezzare la giurisdizione penale, quella libertà di cui si è venuto discorrendo. La giurisprudenza fece un passo, ma un gran passo, poichè per esso si pervenne sur un terreno in cui la questione civile non avrebbe forse mai più potuto consistere. Se voi ridonate alla giurisdizione penale la libertà che le conviene, s'impadronirà bene agevolmente della eccezione; e sarà sempre il miglior giudice della lealtà, buona fede ed importanza di essa. E in questa libertà di giudizio sulla *questione pregiudiziale*, già scorgi una vittoria di quel principio che... *cum crimini prius instituto, civilis causa adjungitur, potest judex eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere* (L. 3, C. *de ordin. judic.*).

393. Non ci sarà proprio nessun caso nel quale il magistrato penale *sia tenuto* a sospendere ogni decisione sulla questione pregiudiziale, o riguardi lo stato di sposo, di cittadino, ecc.; in altri termini la facoltà che ad esso sia conceduta non avrà limite alcuno, nemmeno razionale?

Invero dalla opinione di Carnot che proclama la incompetenza assoluta del tribunale criminale ad emettere un giudizio qualunque sull'uno dei matrimonii posti in controversia dall'accusato di bigamia,

(*a*) V. § precedente.

alla libertà razionale o irrazionale, alla libertà illimitata, havvi tratto ben lungo. Ma il problema si scioglie da sè quando si presenti nella sua vera formula. *Può il giudice penale abusare della sua libertà?* No. Del resto non si possono dettar regole e tutto dipende dal criterio dei fatti e dalle circostanze. Può bene pensarsi che l'accusato sollevi la prima volta avanti la Corte d'assise, nel maggior bisogno della discussione, la eccezione della nullità del primo matrimonio. La Corte potrà, secondo la gravità e forza della eccezione, sospendere il dibattimento, rinviare il giudizio dell'incidente al tribunale civile.

In una questione come questa ha forse un vero interesse la nota distinzione fra *le nullità assolute e le relative* (a)?

Il sistema dovrebbe respingersi solo perchè sistema; perchè in materia di apprezzamento e di prove in giudizio criminale ogni sistema si è trovato cattivo; perchè le circostanze del fatto, la natura del reato, la sua complicazione con altri reati, verranno bene spesso a condannare le previsioni. Ora osserviamone i vizii speciali: 1° È illogico. Mentre pretende di togliere alla giurisdizione penale la cognizione della eccezione di nullità la costringe all'esame approfondito della specie e della nullità che ne deriva, per indi decidere se si tratti di *nullità*

(a) Mangin ne avvisa tre delle nullità assolute: 1° difetto di età a contrarre matrimonio; 2° preesistenza di altro matrimonio valido; 3° parentela in grado proibito, pei quali vizii può procedere d'ufficio il pubblico Ministero (art. 184, del Cod. nap.). La Corte di cassazione nella famosa sua nota (V. sopr. § 82) abbordò la teoria, discese proprio in questo seminato, e vi piantò dei principii sfortunatamente poco fruttiferi. La Corte in queste sue istruzioni dottrinali, ne fece una questione puramente e semplicemente di competenza. *Le nullità assolute* sfuggono alla competenza del giudice penale. Non così *le nullità relative*. In faccia a quelle, matrimonio non esiste di nessuna maniera; in faccia a queste, il contratto di matrimonio esiste sempre, sino a che sarà con sentenza riconosciuta e ammessa la nullità. Come adunque c'era un matrimonio valido, così il secondo matrimonio costituisce in tutti i casi il reato di bigamia. È dunque tal eccezione che la Camera d'accusa e la Corte d'assise dovranno respingere! Con tale regolamento fu tolto al giudice penale ogni competenza sulla questione relativa al primo matrimonio, per quanto la eccezione si presentasse leggiera, futile, cavillosa; e quanto alla *nullità relativa*, si prevenne imprudentemente la questione del fatto; dichiarandosi teoricamente inamissibile la eccezione, si andò ad urtare alla cieca contro un gran numero di falsi criterii e d'ingiustizie che potevano derivarne. Questo sistema è caduto sotto il peso de' suoi errori; non ha avuto neppur l'onore di sussistere per un certo tempo; la stessa Corte di cassazione, praticamente, lo ha rifiutato.

*assoluta o di relativa* (a). 2° Tutto il sistema ha una falsa base non essendovi matrimonio nullo di pieno diritto. È dunque avventata quella proposizione: in presenza di una eccezione di nullità assoluta, il primo matrimonio non esiste: dunque non vi è delitto di bigamia. Del pari avventata è l'altra proposizione: la nullità relativa non è propriamente nullità; quindi vi è un primo matrimonio ed un secondo: la bigamia esiste. Trattasi in ogni caso di una prova da farsi, di un giudizio da pronunziarsi, e il vincolo apparente sta sempre contro l'accusato sino alla sua effettiva sparizione. 3° La nullità ha sempre il medesimo effetto, e fa che il matrimonio si abbia come non mai esistito. La differenza sarebbe solo in ciò, che la opposizione non potrebbe farsi che da certe persone. Ora la eccezione compete o non compete alla persona dell'accusato. Se non compete, la legge lo respinge, e quanto a lui, la nullità non esiste (b). Ma se compete, come per esempio se vi è errore sostanziale di persona, o il consenso fu estorto con violenza o carpito con dolo (art. 1108 del Codice civile), perchè non sarebbe questa una eccezione opponibile, perchè dovrebbe sempre respingersi, perchè non si potrebbe eziandio provare con documenti e con testimonii nel processo criminale (c)?

## § LXXXVIII. — *Questioni pregiudiziali. Proprietà o altro diritto reale.*

(Mangin, *Compendio*, n. 13, 114, 115).

394. Il presente capitolo è un comento più completo dell'articolo 31 (33) del Codice di procedura penale.

È noto essere questa nella giurisprudenza francese la seconda questione pregiudiziale propriamente detta (d) rimpetto all'azione penale.

(a) Articoli 144, 147, 161, 162, 163 del Codice civile francese. Uno dei casi di nullità relativa sarà la mancanza del consenso del padre o della madre. Quanto al Codice civile, V. art. 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, che possono esemplare nullità relative.

(b) Se si trattasse di contratto matrimonio senz'aver chiesto il consenso dei genitori o degli avoli (art. 82 del Codice civile); e lo sposo non fosse di età minore.

(c) Ogni altro discorso sarebbe superfluo dopo tutto ciò che in questo senso ha detto fra gli altri lo stesso Mangin (*Tratt.*, n. 196, 197, 198, Chauveau ed Helie, *Teor. del Cod. pen.*, cap. LI, n. 2940).

(d) Appresso quella anche più esplicita e formale dello stato di figlio.

È pur noto che nel Codice *d'instruction crim.*, la sua vera sede, non esiste veruna disposizione in proposito, ma il concetto del legislatore è raccolto da ordinamenti riguardanti materie speciali. Tali sono la legge del 29 settembre 1791 sull'amministrazione forestale, tit. 91, art. 12; e meglio ancora l'art. 182 del Codice relativo, e l'art. 59 sulla pesca fluviale. L'una e l'altra di codeste disposizioni, e la combinazione loro, persuasero tutti e sempre, che in esse si conteneva un principio-estensivo e da applicarsi in ogni giudizio criminale nel quale si presentasse come pregiudiziale la questione della proprietà (*a*).

In quelle poche leggi adunque e in quegli ordini indiretti si adagiò con tutta pace e sicurtà la giurisprudenza francese; e nella varietà delle applicazioni il principio non è mai stato messo in dubbio. Ciò basta. I nostri datori di leggi ai quali la storia della legislazioue francese non ha mai fatto difetto si convinsero di due cose: 1° che, essendo buona nel fondo quella disposizione, doveva essere collocata nella sede opportuna; 2° che doveva essere regolata, moderata e fatta migliore (*b*).

La intelligenza del nostro articolo sarà chiarita dal confronto che è sempre il miglior mezzo di apprender la ragione delle leggi. Intanto *dall'oggetto* ci è porto argomento positivo a conferma di una nostra opinione superiormente divisata (n. 390): che i nostri legislatori non

(*a*) Vi è un tale rapporto fra quella legislazione e la nostra, il discorso acquista siffattamente luce dal confronto che non posso dispensarmi dal metter sott'occhio al lettore questi articoli. « Art. 59 de la loi sur la pêche fluviale. Si dans une instance en réparation de délit, *il s'élève une question incidente de propriété*, la partie qui en excipera sera tenue d'appéler le procureur général syndic du département de la situation des lois, et de lui fournir copie de ses pièces, dans la huitaine do jour ou elle aura proposé son exception; à défaut de quoi, il sera passé outre au jugement du délit, la question de propriété demeurant réservée ».

Un maggiore interesse comparativo è per noi nell'art. 182 summentovato, dal quale emana l'articolo che esaminiamo. « Si dans une instance en réparation de délit ou de contravention, le prévenu excipe *d'un droit de propriété ou autre droit réel*, le tribunal saisi de la plainte statuera sur l'incident, en se conformant aux règles suivantes. L'exception préjudicielle *ne sera admise qu'autant qu'elle sera fondée soit sur un titre apparent, soit sur des faits de possession equivalents*, personnells au prévenu et par leurs articules avec précision, et si le titre produit, ou les faits articulés, sont de nature, dans *les cas ou ils seraient reconnus par l'autorité compétente*, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites tout caractère de délit ou de contravention ».

(*b*) L'articolo è trascritto in nota *super* § LXXXVI.

ebbero in animo di eccedere il confine stretto delle parole delle quali fecero uso proponendosi ad oggetto *la proprietà ò altro diritto reale.* Essi si appropriavano, modificandola, una buona disposizione straniera: ma la veduta non oltrepassava quel breve orizzonte. Ci è avvenuto quasi sempre così prima d'ora: le leggi francesi passate le Alpi, solevano fare miglior ciera, diventavano più aiutanti, qualche volta ci davano buona prole: ma erano sempre leggi francesi. Voglio dire era sempre imitazione rispetto a noi: imitazione che allontanava costantemente lo studio dei nostri grandi tipi nazionali, e pareva estendere anche agli ordini del pensiero la coscienza della servitù politica. Che se a noi parve (V. § precedente) che l'articolo 31 fosse con ottimo senno ampliato dagli usi del giudicare ad applicazioni non espresse, questo avvenne in quanto suppliva la ragione generale e la logica stessa dei giudizii.

Alla lettura dei due articoli (*a*) si manifesta la maggior ampiezza del nostro. Esso è nato a dominare più alte questioni: e non si restringe *alle istanze in riparazione in causa di delitto o contravvenzione.* Difatti una grave e assorbente controversia di proprietà può sollevarsi anche in un giudizio di Corte d'assise; e la questione pregiudiziale della proprietà può attraversare in qualunque punto *l'azione penale.* È ciò che prevede l'art. 31. La legge francese si aggirava intorno ad una materia che non passava la periferia dei *delitti.* Ed era perfettamente in relazione colle sue origini. Si trattava di regolamenti sulla proprietà; immobiliare, principalmente; la sua penalità, piuttosto disciplinare, non ebbe la previdenza dei grandi misfatti. D'altronde la questione della proprietà molto di leggieri poteva complicarsi con una pretesa contravvenzione di diritti di legna o di pesca.

395. Si domanda se la eccezione pregiudiziale della proprietà costituisca un vero stato d'incompetenza rapporto al giudice penale. Bisogna rispondere affermativamente.

Lo dimostra la forma e la ragione dell'art. 31, e così si ritenne in Francia per quelle leggi. Non è attribuita al giudice penale semplicemente una *facoltà* (*esso rimetterà la cognizione del merito di detta eccezione al giudice competente*)*;* a lui basterà un primo esame superficiale (così almeno sembrano suonare le parole della legge), una specie di delibazione del buon diritto della pretesa (fondamento ap-

(*a*) Vedi nota a questo n. 394 in principio.

parente); del resto non può immergersi nell'esame del merito; gli è assolutamente vietato (a).

396. Tuttavia che sarà mai *questo apparente fondamento* di un diritto di proprietà, e donde e come potrà risultare? Quando è insomma che avrà vita la questione pregiudiziale?

È stabilito non essere compresa in questa legge la proprietà *mobiliare*, che è la materia infinita dei furti e della sua lurida famiglia: è disposizione relativa alla proprietà *immobile*. La legge non ha detto, si porti questo o quel documento. Gli scrittori francesi si contentano al dire, *doit* (il prevenuto) *rapporter un commencement de preuve qui la rend* (l'eccezione) *au moins vraisemblable*. D'accordo: ma le prove dovranno avere un rapporto col soggetto che si vuol provare. Le prove testimoniali dovrebbero ritenersi affatto inabili; 1° per intrinseca opposizione del diritto civile; 2° per lo disordine e pericolo che sarebbe per derivarne.

La idea della prova della proprietà non può disgiungersi da quella del suo acquisto. In altri termini, dal suo titolo. È dunque il titolo o un argomento del titolo che bisogna recare. Il possesso stesso può esser argomento del titolo. Tale sarà il possesso che risulta dai pubblici registri, il possesso tributario, che suppone il titolo. Resterà al giudice civile appurare la ragione di quel possesso e come sia basato sulla proprietà. Talvolta non sarà neppure basato sulla proprietà vera ed assoluta; sarà un diritto reale di minor grado, un usufrutto, un dominio enfiteutico; il giudice penale dovrà contentarsi delle prime tracce ma queste devono metterlo sulla via legale.

La proprietà non si acquista che con atti di una certa specie, e sempre con atti scritti. I testimonii non farebbero mai la prova dell'acquisto; non porterebbero che la opinione loro o quella degli altri

(a) Non fu del tutto conforme il nostro vedere, rispetto alle altre questioni pregiudiziali sopra discorse. Propriamente manca per esse la legge; dalla quale mancanza potrebbe anco arguirsi l'assoluta libertà della giurisdizione penale. Tuttavolta ci siamo condotti col lume dell'analogia a dire che il giudice penale, in casi che non possono determinarsi, dovrà anco astenersi dal risolvere questioni pregiudiziali che sono assegnate all'autorità civile dalla legge generale, e che molto prudentemente domandano il concorso di tutte le parti interessate. Havvi un terreno per così dire indeterminato e senza certi confini là dove la legge è muta e non viene applicata che come un sussidio razionale in materie attinenti ma non identiche.

a stabilire *una proprietà putativa*. Ciò non può essere *fondamento* neppure *apparente* della proprietà, mentre potrebb'essere, in certi casi determinati dalla legge civile, *un principio di prova scritta*. Chi non ravvisa il pericolo che nascerebbe dalla intromissione di testimonianze verbali e dal giuoco che un accusato, specialmente di certa qualità e grado, potrebbe farne?

Avrete osservato che la legge francese ebbe l'intuito del titolo — bastandole però *un titre apparent*. Siamo da capo *coll'apparenza* che è però l'apparenza di un conoscitore che vede più oltre e sa fin dove si può giungere. Ma vi pose al fianco e sulla stessa linea — *des faits de possession équivalents*. — I quali fatti io ho già creduto potersi accettare eziandio colla legge nostra. Del resto messe a confronto le due redazioni, la nostra si vantaggia. Stringe meno colle formule, e lascia maggiore libertà. Quando le formule non concludono e non possono determinare una situazione, sono imbarazzanti, e allora se ne fa a meno. Già l'art. 31 comprende virtualmente tutto questo.

Anche per noi il *fondamento apparente* può consistere in un *titolo apparente*. È posto sotto i nostri occhi un testamento che lega a Tizio il fondo di cui è andato in possesso, o del quale ha sfruttate le piante. Esso fu fatto e ricevuto da un notaio colle regole prescritte; e benchè si eccepisca la intrinseca validità dell'atto, il giudice penale si arresterà alle forme estrinseche, e non andrà più avanti. Non avrà fondamento neppure apparente il contratto di un minore senza solennità, una donazione fatta per atto privato, o simile. Quale mai sarebbe *il fatto del possesso equivalente a un titolo apparente?* Ecco già un imbarazzo della formula: stabilire *l'equivalenza*. Perchè un fatto di possesso sia equivalente ad un titolo, anche solo apparente, dev'essere molto bene provato da una parte e tenere dall'altra alla natura del titolo stesso, capace cioè di condurre alla dimostrazione della proprietà. A tal effetto non potrebbe ammettersi che una prova documentale ed immediata onde il nesso fra il possesso e la proprietà si riscontri al primo esame; se questo nesso dovesse lungamente cercarsi, la idea della proprietà si verrebbe dileguando, e allora bisogna dire che la eccezione non è provata. Queste e molte altre osservazioni potrebbero farsi; difficoltà non lievi certamente, ma la legge che lascia al giudice maggior libertà di apprezzamento è sempre quella che più giova alla giustizia perchè va più direttamente al suo scopo. Tale è la nostra.

## § LXXXIX. — *Continuazione.*

397. Havvi qualcosa d'intrinseco e di essenzialmente proprio della giustizia civile, qualcosa di ripugnante alla cognizione penale, in materia di *diritti di proprietà e di diritti reali*, onde dedurne che la separazione delle due giurisdizioni è fondata nella natura delle cose, e il legislatore ferirebbe qualche sostanziale principio, disponendo altrimenti?

No: noi siamo in termini di utilità e di convenienza e non di diritto formale (*a*). Il giudice penale (è ciò che spesso abbiamo sostenuto) ha competenza naturale su tutte le controversie incidenti, come ogni altro tribunale investito della causa principale. Noi professiamo, la libertà delle giurisdizioni non meno di ogni altra libertà, essere il solo mezzo di dare al diritto il suo completo sviluppo.

Siamo in termini di utilità e di convenienza. È utile che le giurisdizioni si prestino sussidio a vicenda cooperando così al loro scopo comune, la giustizia. Conviene in certi casi la divisione del lavoro giudiziale, per applicare alle diverse sue parti istrumenti più agevoli, più proprii, più pronti, più adeguati. Non si deve caricare il processo penale di quelle investigazioni, di quegli studii e discussioni che occorono per esaminare a fondo una questione di proprietà. I metodi del processo civile, quelli che si trovarono i meglio accomodati a questo genere di controversie, non sono compatibili colle forme della penalità; le guarentigie che quelli assicurano, non potriano ottenersi. Ecco delle ragioni ben gravi e convincenti per ammirare in quella determinazione la prudenza del legislatore. Ma per raccogliere i frutti dell'arte e di una pratica saggia, non bisogna essere dottrinarii nè superlativi teorici. Penetriamoci dello spirito e intenzione della legge, e vedremo che non bisogna neppure in questo caso premer di troppo sulla libertà della giurisdizione penale; che si deve camminar francamente senza paura di mettere il piede sopra un qualche principio e schiacciarlo, chè dal sapiente arbitrio del giudice dipende più di quello che si crede.

398. Questa larga facoltà d'interpretazione e di apprezzamento è

(*a*) *Diritto formale* della procedura, come io lo intendo, è quello che consta dei suoi principii fondamentali ed è invariabile nel fondo, benchè variabile e mutabile nelle determinazioni accessorie.

reclamata dall'interesse della giustizia mentre la legge, troppo sottilmente e per *apices juris* investigata, produrrebbe effetti alla sua intenzione contrarii.

399. Tre condizioni sono fatte al giudice penale onde possa e debba accogliere la eccezione dell'imputato, sospendere il giudizio, e rinviare il giudizio della stessa eccezione; 1° che la eccezione *sia puramente civile*; 2° che si tratti di *proprietà o altro diritto reale*; 3° che il fatto opposto sia tale che, *sussistendo, escluderebbe il reato*.

400. *Prima condizione.*

La eccezione dev'essere *puramente civile* (a). Intendi, la proposta di tale questione che sarebbe di ragione contenuta nel cerchio della competenza civile. Intendi, senza veruna mistura di delitto e di penalità. E siccome l'oggetto da provarsi è sempre *la proprietà o altro diritto reale*, dovrà venirsi a questo, che la pretesa risulti da documenti od atti che apparentemente e nel loro estrinseco ne facciano una certa fede. Che se al contrario si portasse un documento o un atto o scritto qualunque che avanti al giudice civile, non sosterrebbe la pretesa, bensì lo stesso giudice civile dovrebbe farne rinvio al criminale, è chiaro che siffatta eccezione non sarebbe *puramente civile*. In tal guisa se, non risultando punto dalla carta il diritto reale che si allega, si rispondesse che ciò avviene perchè la carta è stata alterata ma che la verità è quella, essendovi di mezzo un preteso falso da verificare, la eccezione non sarebbe puramente civile.

401. *Seconda condizione.*

Due elementi sono a considerarsi nella proposizione; l'elemento giuridico e l'elemento razionale.

L'elemento giuridico è la natura del diritto affacciato, che sarà *diritto di proprietà o altro diritto reale*. Osservato questo elemento da sè, isolato dall'altro al quale per nostro avviso deve andar congiunto, la natura del diritto deve determinarsi nel modo più preciso e più certo, e con quello stesso rigore onde sarebbe determinato dai tribunali civili che si occupassero oggettivamente di tale controversia. Due riflessi persuaderebbero la necessità di consimile rigore. Il rispetto che si deve alla lettera della legge che invero è lucida e manifesta nella sua espressione. E la importanza stessa della questione che è questione di competenza. Il giudice penale che ammettesse la ecce-

(a) Questa è una importante aggiunta fatta dalla nostra legge alla francese.

zione fondata in qualche altro titolo che non fosse per filo e per segno un diritto reale, benchè di natura prossima a quello e facile a confondersi, commetterebbe una nullità. E ne commetterebbe un'altra, quando sufficientemente provato il diritto, respingesse la eccezione perchè non cadesse sopra un diritto reale mentre poteva ben chiamarsi tale (a).

402. Ma l'esame della difficoltà sarebbe bene incompleto se non si domandasse ancora al legislatore nostro di quale *proprietà* abbia inteso parlare, se *della immobiliare* o eziandio della *mobiliare*. Se non che vi sarà subito risposto che solo della immobiliare perchè tale è la tradizione francese, e perchè chiarissimo si mostra in quella dizione; o ALTRO *diritto reale* (*in re immobili*).

La eccezione adunque deve riferirsi alla proprietà immobile. È giusto; ma la semplicità delle questioni non ne guadagna.

Approfitteremo degli esempi stessi che ci porge il nostro autore benchè a diverso scopo (b).

Il possesso dell'immobile per godere i frutti e il godimento stesso dei frutti, non crea una eccezione di proprietà quantunque un tale possesso fosse ben ritenuto *animo domini;* essendo separato il diritto dell'immobile da quello dei frutti dell'immobile, il tribunale correzionale è competente per decidere da sè sulla bontà della eccezione opposta dall'imputato. Il punto però di diritto fu diversamente deciso; onde la sentenza di un tribunale correzionale venne cassata (Ib. n. 203).

I contratti d'affitto benchè non disponenti che dei frutti di un immobile, non rappresentano forse una delle evoluzioni dei comodi della proprietà stabile; e come mai la estimazione di simili convenzioni potrebbe essere oggetto di un giudizio criminale? Così almeno apparve in un'epoca della giurisprudenza francese. Più tardi la mas-

(a) La questione dei diritti reali e dei diritti personali, questa grande distinzione che affaticò il genio dei giureconsulti romani, è ben lontana dal suo ultimo sviluppo. Aggiungo che la teoria non potrà mai tanto da presentare compiutamente quella distinzione. Passando frammezzo le convenzioni, i diritti che esistono in una relazione materiale colle cose, assumono forme che il più delle volte non potrebbero in astratto definirsi, esigono difficili indagini nel concreto e di fatto. L'usufrutto, l'enfiteusi, le rendite perpetue, gli affitti a lungo tempo, le servitù, il contratto di censo, ecc., presentano per se stesse questioni in questo rapporto gravissime.

(b) MANGIN, *Trait. de l'act.* 203, 204, 205, 206.

sima cangiò, ma con sì poca uniformità che nel 1818, nel 1821 e nel 1830 ci sono decisioni della Corte suprema che attestano che le Corti di merito continuavano a ritenere incompetenti i tribunali correzionali a interpretare tali titoli di diritto; giudizi che furono cassati (Ib. 204) (a).

Ma in siffatto circolo stanno forse tutte le questioni di questo genere? In quanti casi i mobili sono intellettualmente considerati immobili (per destinazione); e gl'immobili si fanno circolanti e volteggiano nelle cedole, nelle azioni di credito, nei prezzi e via discorrendo; quante controversie, in una parola e per finirla, furono nascoste dal legislatore sotto quelle semplici frasi dell'art. 31!

Sembrerebbe doversene inferire che un giudizio penale è stato così trasformato in una palestra civile ove le più sottili questioni sulla natura delle cose e sulla distinzione dei beni dovrebbero discutersi e giudicarsi preliminarmente; e riflettendo come simili controversie siano delle più astruse e difficili, si comprenderebbe quale ostacolo debba venirne al libero e spedito corso della giustizia penale. La legge sarebbe dunque molto improvvida e dannosa, e scorgesi in effetto per gli esempii della giurisprudenza francese, nella quale il giudice penale è obbligato a decidere *il quid juris* sulla natura della proprietà prima di assumere l'esame della prova ed ammettere o rigettare la proposta sospensione del giudizio. A noi sembra invece che non si tratti di decidere il *quid juris*, ma piuttosto *an de jure sit disputandum;* vale dire, se da un esame complessivo e non approfondito

(a) Gioverà, a segnalare la natura di simili questioni, qnesto passaggio di una decisione della Cass. (franc.) del 2 agosto 1821. « Que la propriété des immeubles étant effectivement dans le domaine des tribunanx civils, le prévenu qui, devant un tribunal de police correctionnelle, propose pour défense une exception *de cette nature*, doit obtenir au sursis à l'action qui l'y avait amené, et le renvoi de la question préjudicielle de propriété an jugement du tribunal civil; *mais que si l'exception porté uniquement sur une question de possession ou de jouissance, même d'un immeuble, elle ne forme une question préjudicielle, que dans le cas ou elle vien s'identifier et se confondre avec la question essentiellement civile de la propriété* ». Capite voi come avvenga codesta identificazione? Per quali caratteri si manifesti? Quanto sia arduo determinarlo? Il Dalloz nel repertorio ripete qnella formula (*Quest. préjud.* n. 58).

Nel repertorio di Merlin, V. *Quest. préjudic.* e similmente negli altri ben noti repertorii altre specie ed esempii possono raccogliersi; e tutti valgono a conferma del nostro assunto. Indarno poi si cercherebbero dei principii o almeno qualche criterio direttivo di una teorica qualunque su questa materia.

della eccezione e dei mezzi che l'accompagnano, risulti *la convenienza ed opportunità* di rimettere la causa. È ciò che abbiamo chiamato *elemento razionale* o soggettivo; onde il giudice penale deve render conto non già delle squisite sue determinazioni sulla natura dei diritti di proprietà, ma se fu prudente e savio non occuparsene, viste le difficoltà che si presentavano. Questo è nello spirito evidente e nella ragione di una legge di opportunità e di transizione. Onde vanno ad evitarsi tutti quei giudizii di Cassazione che sono conseguenze del contrario sistema. Con ciò non si vuol dire che non si possa invocare il rimedio della Cassazione quasi si trattasse di questioni di puro fatto e non di estimazione di elementi giuridici fatta con criterio di giureconsulto. Ma l'apprezzamento di codesto complesso giuridico subirà un sindacato più largo, e si direbbe quasi il più generoso: un giudizio di convenienza e di rapporti piuttosto che di singolarità giuridiche da definirsi.

403. *Terza condizione* (*a*).

L'eccezione dev'esser tale che, sussistendo, escluderebbe il reato. *Feci sed jure feci*; è l'allegazione del diritto del quale usando *nemini fit injuria*.

L'eccezione però del *me jure fecisse* ha la sua causa determinata dalla legge. Questa causa è il diritto di proprietà, la eccezione limitata ai reati che ledono la proprietà; e tutto si collega colla condizione precedente in modo da costituire quasi un solo concetto.

Vi è nel giudice che sospende il giudizio per concedere un maggiore sviluppo della eccezione avanti un'altra giurisdizione, vi è, e dev'essere, una percezione del fine che l'uomo prudente non accoglie senza una ragionevole estimazione; 1° della logica del fine; 2° della logica dei mezzi. La via che batte l'imputato è quella che conduce alla dimostrazione del *jure feci?* I mezzi che offre hanno abilità e presentano una certa garanzia della riuscita? È chiaro che codeste idee sono correlative e mostrano che l'esame che deve farne il giudice non è un esame rigoroso, severo come *quello di verità*, ma un giudizio mero di *probabilità*.

Questa osservazione che sembra pur ovvia, pur facile, benchè non sia mai stata fatta dagli scrittori francesi, avvalora gli anteriori nostri argomenti sulla importante tesi del non doversi costringere il giudice

(*a*) Mangin, *Trait.* n. 208 a 218.

a decidere preliminarmente la questione astratta della proprietà. Nelle specie recateci nei repertorii (perchè ivi non si recano che specie) noi vediamo più d'una volta fondarsi il diritto su qualche cosa che non era propriamente un diritto di proprietà, e neppure un diritto reale, come un possesso annale. Il possesso annale, si dice, arguisce la proprietà; ma afferrata una volta la serie delle presunzioni di dominio argomentate dal possesso, ecco una messe di diritti già troppo abbondante per il giudice penale che si mettesse in animo di definirli.

Era decisamente inutile (e ciò che è inutile in una legge è imbarazzante) che la legge francese si prendesse cura di dichiarare che i fatti di possesso, come argomento di proprietà, dovevano esser *personnels au prévenu*. Questo era prefiggere una regola al giudice della questione incidentale: ma perchè una regola e non le regole da seguirsi? È forse questa la più interessante? Almeno potrebbe sembrare: e sarebbe un male. E giova lasciare la decisione del giudice sotto il dominio dei principii generali.

# CAPO X.

## Estinzione del diritto dell'azione penale.

### COSA GIUDICATA.

### § XC. — *Introduzione. Metodo. Generalità.*

404. Le cause della estinzione del diritto dell'azione penale possono dividersi in due grandi classi. Le une riguardano la *consumazione* dell'azione, si diranno *naturali*, e saranno *necessarie*: Le altre sono d'indole opposta. Lungi dall'esser generate dallo sviluppo completo dell'azione, si contrappongono al suo svolgimento, lo impediscono; principii di convenienza sociale, di *utilitas publica*, se vuolsi, circostanze particolari, consigli di prudenza, ragioni politiche, espansioni di sovrana clemenza impongono alla giustizia di tacere, respingono, se occorre, le sue aspirazioni; non già per proteggere dei colpevoli, ma per proteggere degl'interessi che hanno ancor essi un carattere di generalità e di ben pubblico. Della prima classe sono *la morte dell'imputato* e *la cosa giudicata*, *la transazione*; della seconda *la prescrizione*, *l'amnistia* e simili (a).

*La morte dell'imputato* è causa d'estinzione relativa alla consumazione dell'azione. Si estingue l'azione penale cessando di esistere il

(a) Da ciò si scorge il cattivo metodo di Mangin che discorre prima della prescrizione, indi della cosa giudicata, ecc.

soggetto della pena (*a*). Questo è un pronunciato della civiltà, per il quale alla persecuzione penale è tolto di estendersi sino agli eredi e successori.

Appartiene eziandio a questa classe la cosa giudicata, ossia la *exceptio* che ne deriva, vedendosi chiaramente che con essa non si fa altro che dire: l'azione è consumata colla sentenza, non può più riprodursi (*b*).

Non intendo occuparmi *degli effetti della morte dell'imputato rispetto all'azione penale;* argomento che ammette poche osservazioni d'importanza oltre quelle che vi presenta il nostro autore. L'altro argomento *della cosa giudicata* ha un interesse incessante; continua ancora dopo tanti secoli ad essere un argomento vitale. Ha certamente, come ogni altro le sue parti, a dir così, più frequentate e più note; ma ce ne sono delle altre, specialmente intrecciantisi cogl'istituti moderni, e non ancora plasmate dal tempo, che domandano di esser rivedute con una certa cura amorosa e insistente.

405. Non può trascurarsi sin dall'esordio un riflesso importante, e che giova, io credo, a semplificare la teoria; i fatti civili molto più facilmente ammettere il concorso delle azioni che i fatti penali, poichè la conseguente obbligazione è determinata e definita con esattezza dal Codice penale. La legge stessa, in un interesse molto superiore all'interesse privato si occupa del concorso possibile, lo dirime, lo regola, lo previene. Sono quindi inutili per noi le questioni del concorso cumulativo, elettivo, o successivo esaminate dal Savigny (*c*). L'azione penale è una; è quella che viene spiegata dal magistrato del-

(*a*) *Defuncto eo qui reus fuit criminis, et poena extincta. Fram.* 6, *De publ. jud.*

(*b*) Ogni azione si consuma col soddisfacimento, consumandosi la obbligazione, madre dell'azione. Chi ba un debito e lo paga, ha soddisfatto alla sua obbligazione. È la soddisfazione naturale, qnella dell'adempimento. Il condannato che ha espiata la sua pena è perfettamente pareggiato avanti la giustizia umana. L'azione pnò consumarsi, non soddisfatta: ciò che avviene colla morte del reo. La cosa giudicata è consumazione *propter satisfactionem*, poichè il reo ha già subito il decreto della giustizia e il doloroso mutamento di stato che ne consegue avvegnachè non abbia ancora espiata la pena.

(*c*) Si affacciano freqnenti in civile le questioni *si de eadem re expediatur, de eodem* o *de diverso genere actionis.* Fram. 5, 7, §§ 1, 2, 3, 4, 8, 11, in princ. §§ 5, 6, 7, 8; fram. 12, 13, 20, ecc., qnestioni generalmente indeterminate e di natura moltiplici: ma ridotte ai termini più precisi quando si tratta di azione e di oggetto penale.

l'azione, l'effetto è la pena che si pronuncia, l'assoluzione è irretrattabile. Così i caratteri della cosa giudicata sono quasi sempre, in ordine *all'oggetto e al soggetto*, della maggiore evidenza. Con ciò si mostreranno non poche questioni oziose, e sarà di molto abbreviato il nostro cammino (*a*). È dissipato il pericolo che *cum ex eodem facto plurima crimina nascantur*, siano per riprodursi quelli che non furono *deducta in accusationem*.

## § XCI. — *Della legalità del giudicato.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 167 a 179).

406. Il giudicato stesso è la legalità. Quando i rimedii proposti dalla legge per impugnare un giudicato furono esauriti, o furono abbandonati e non tentati, la legalità difende il giudicato da ogni attacco, e persino da ogni sospetto d'errore o d'ingiustizia.

La regiudicata non è la verità; ma si crede e si deve credere che lo sia; è una verità d'opinione; negli ordini umani si direbbe una verità di fede. *Pro veritate habetur.*

Il carattere d'immutabilità che si attribuisce a questa specie di verità che il Savigny non dubita di chiamare fittizia, sembra non convenire alla sua natura; ma conviene eminentemente ai fini dell'ordine, all'interesse della tranquillità pubblica, alla sicurezza degli individui, e al progressivo svolgimento dei diritti onde si trasformano incessantemente le condizioui della vita morale, e di cui si scioglierebbe la immensa catena se in robusta anella non fosse fissata.

Simili motivi difatti assicurano il trionfo alla cosa giudicata: alla verità d'opinione. A tutto questo si può aggiunger che una verità morale non è mai altra cosa; e che ogni sforzo della umana diligenza non può, dopo tutto, conquistare che una verità d'opinione, come

(*a*) A questo intende quello di Ulpiano. « Si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei judicatae opponitur. Fram. 3, *de popular. act.* Hisdem criminibus, quibus qui liberatus est, non debet praeses pati eumdem accusari. Fram. 7, § 2, *de accusat.* etc. ».

Si può rifugiare con tutta sicurezza sotto l'ombra di questi principii; non potremo per altro rappresentarci come conformi al nostro i sistemi antichi; e fu dimostrato per SAVIGNY, DROIT, *Rom. Tit. Violat. de droit*, T. V. §§ 206, 281, ecc., e F. HELIE, *l'instruct. crimin. edit.* 1848 *Paris*, vol. 3, pag. 526, ecc.

sempre una verità di questo genere, e non mai la verità assoluta, sta in cima delle terze quarte e quinte istanze, ove con un maggior numero di voti non si ha (se pur è vero) che un maggior grado di morale certezza.

407. Noi sentiamo tutti il bisogno di questa grande e reverenda autorità della cosa giudicata che si traduce nel rispetto e nel culto della umana giustizia in quanto aspira e si sforza d'imitare quella di Dio. Tuttavia non possiamo dissimularci la relativa imperfezione dei nostri mezzi e il pericolo dei nostri giudizii, dalle quali giuste e coscienziose considerazioni sono usciti varii sistemi intesi a porgere dei salutari rimedii contro quelle decisioni che nei loro *intrinseci* o *estrinseci* rapporti non presentassero quei supremi requisiti di credibilità che valgano ad esse il suffragio della opinione morale e la sanzione giuridica.

Riconosciamoli con un qualche cenno questi sistemi.

Vi è un sistema che non ammette l'autorità della cosa giudicata se non alla condizione che la sentenza abbia giudicato in conformità delle leggi del diritto; ossia che abbia resa giustizia a termini di diritto di cui abbiamo notevolissimo esempio nella L. 19, *De appellation.* « Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo et sine appellationis causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia si specialiter contra leges vel S. C. vel constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit, et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac prescriptione sententia; *unde potest causa ab initio agitari* (a) ».

È molto chiaro che con questo sistema non vi è più cosa giudicata. Il qualunque straordinario giudizio che s'istituisse contro una sentenza da lungo tempo emanata, farebbe funzione di un giudizio d'appello. Si direbbe sempre che la sentenza è ingiusta per avere violato il diritto. Le liti non avrebbero più termine.

(a) D'uopo è per altro ricordare come questi principii incontrassero opposizione nel seno stesso delle dottrine di quei giureconsulti. Anzi reca non poca meraviglia il trovare nello stesso libro *responsorum* del medesimo giureconsulto Modestino la sentenza direttamente contraria nel *fram.* 27, *praeses provinciae de re judicata et de eff. sentent.* Io penso che potendosi esaminare quel libro non a frammenti ma nella sua integrità, si troverebbe modo di conciliare l'apparente ma evidente antimonia. Del resto la teoria che le sentenze evidentemente ingiuste non acquistassero mai autorità di cosa giudicata, era comune presso i pratici, e basta.

Il secondo sistema accetta che si abbia per coperto da ogni censura l'intrinseco del giudicato, ma solamente vuol vedere osservate le estrinseche forme, le ragioni delle competenze, le garanzie insomma *della legalità;* esige la legalità nella forma. Altrimenti, si dice, non v'è sentenza. Questa opinione si è riprodotta in tempo recente, e meritò l'onore di serie discussioni.

408. Una legge che non fissava un principio generale sulla valutazione della cosa giudicata, ma accennava soltanto ad una delle sue fasi, dichiarava che niuno LEGALMENTE *assoluto* (*toute personne acquittée légalement*) non poteva più essere molestato per lo stesso reato (articolo 360, *Cod. d'istruct. crim.* corrispondente all'art. 426 del Cod. di brumaire) (*a*). Se a quella parola *legalmente* si attribuiva una vera intenzione, poteva bene dedursene: 1° che il giudicato dovesse essere stato pronunziato da chi aveva facoltà di pronunziarlo (magistrato competente); 2° che fosse *regolarmente* emanato, cioè in conformità del rito della procedura; non osservato il quale il giudicato non avrebbe alcun effetto, almeno per quanto riguarda le forme essenziali, secondo la vecchia dottrina del Jousse.

La storia delle interne discussioni riferite con tanta accuratezza dal Locré (*b*), ci persuade che l'art. 360, fu scritto con intenzione e con proposito determinato. E infatti quella redazione ebbe anche un avvocato in Treilhard che la sostenne benchè inutilmente, prevalendo, come doveva prevalere, quell'argomento senza replica che era cosa rivoltante l'immaginare che un accusato di gravissimo crimine, una volta assolto (*c*), potesse esser risospinto negli orrori di un giudizio capitale, per un obblio forse contestabile di forme, a lui neppure imputabile. Nacque allora per via di emendamento l'art. 409 che mantenne il principio, ma fece sparire le minacciate conseguenze, limitando la Cassazione *all'interesse della legge*. Lo stesso articolo 360, avrebbe dovuto modificarsi; ma, come talvolta avviene nelle leggi non fatte tutte d'un pezzo, sfuggì. (F. HELIE, *instruct. crim.* § 177). Ma la giurisprudenza fu irremovibilmente fissata, *il giudicato è la legalità.*

(*a*) Agg. l'art. 253, della costituzione del 5 fructidor anno III, che accorda il beneficio della cosa giudicata a chi fu *acquitté par un jury légal*; gli art. 1° e 2° del tit. VIII, della L. 16 settembre 1791.

(*b*) Tom. XXVII, p. 23, et seg.

(*c*) Poichè quelle leggi non parlavano che di assoluzione.

E questa è pure la nostra legislazione che non ci porse un motivo qualunque per disputarne.

409. Osserviamo ora in quai luoghi e per quali ragioni la procedura penale parli della cosa giudicata.

Ne parla nell'art. 6° per mostrare in quai casi la regiudicata penale sopprime pur anco ed estingue l'azione civile. *L'exceptio* della regiudicata penale che rende impossibile il ritorno dell'azione penale *super eodem delicto*, non ha la medesima estensione per impedire l'esercizio dell'azione civile: ciò vedremo a suo luogo. L'art. 6° dichiara con esattezza i rapporti della regiudicata colla stessa azione civile; e quanto all'estrinseco non tocca che *della irrevocabilità* delle sentenze.

Ne parla l'art. 445, il cui soggetto tratteremo più avanti. Finalmente ecco quanto si dice e si dispone rispetto all'annullamento delle sentenze assolutorie. La domanda di annullamento è nelle ordinarie facoltà del pubblico Ministero quando l'assoluzione *sia stata pronunciata sul fondamento della non esistenza della legge penale che esisteva* (art. 642). Dalla quale facoltà del pubblico Ministero nulla però si deduce contro la inviolabilità della cosa giudicata essendo a quella necessario di valersene nel corso dei termini assegnati. Invece può essere osservabile il disposto dello stesso art. 642 alin. « fuori di questo caso, l'annullazione di una sentenza che non ha fatto luogo a procedere o ha pronunciato l'assolutoria non potrà esser promossa dal pubblico Ministero, *se non nell'interesse della legge, e senza recare pregiudizio alla parte assolta e riguardo alla quale si è dichiarato non essere stato luogo a dibattimento* ».

410. L'annullamento nel così detto *interesse della legge* non è, come alcuni pensano, un vaniloquio e una lezione astratta di giurisprudenza contro la missione di ogni tribunale, di *inter partes jus dicere*. Tale all'incontro è l'indole della Cassazione per quel carattere di generalità, ossia per quel carattere oggettivo di diritto che hanno i suoi responsi; laonde essa non decide le questioni di merito che è il punto di mira dei tribunali. L'istituto della Cassazione potrà esser combattuto, come lo è, da molti; ma si dovrà ben accettare quale complemento della sua stessa missione, il potere di annullare *nell'interesse della legge* sentenze che hanno violato quelle grandi norme che proteggono la giustizia dagli abusi e sono guarentigia alla santità dei giudicati, restando il silenzio dei magistrati tutori delle legalità e quello della Corte suprema come una tacita approvazione di quel

cattivo giudizio. Se la legge ha un interesse, il suo interesse è il nostro. È in questo prezioso interesse che si ha cura di determinare il vero stato della giurisprudenza sopra un dato punto di diritto che regoli moralmente (e non perciò vanamente) le nuove applicazioni che saranno per provocarsi, di quel principio. La Cassazione è un potere fattore di civiltà (come io lo ravviso); la sua opera non è meno morale che giuridica; e più ancora per persuasione che per autorità, più mediante la ragionevolezza delle buone dottrine che per la necessità dei suoi decreti, propaga lo spirito del diritto.

411. La legge non si occupa che delle sentenze assolutorie e dei ricorsi del pubblico Ministero, imperocchè il pericolo di violare la cosa giudicata non può temersi che nell'abuso dell'autorità. Del resto i condannati hanno moltiplici e larghi rimedii; nè possono dolersi se in tempo debito e nei modi statuiti non ne approfittarono.

La cosa giudicata è una suprema necessità sociale. Essa ricopre e cancella tutti gli errori di forma anche i più manifesti, e sono come non avvenuti. Le sentenze stesse dei magistrati incompetenti, purchè abbiano il carattere di sentenza, diventano inviolabili. E quanto ad errori sostanziali, a vizii di volontà, e a risultati ingiusti, noi siamo giuridicamente certi che non vi furono, e ci conviene riposare in questa fede.

## § XCII. — *Limitazioni al principio d'immutabilità della cosa giudicata.*

### I.

#### *Legislazione e giurisprudenza francese.*

412. Gli articoli 80 e 88 della legge del 27 ventoso anno VIII, furono trasportati nella loro sostanza (secondo il parere di alcuni) negli art. 441 e 442 del Codice d'istruzione penale. Quest'ultimo non faceva che stanziare la facoltà del procuratore generale presso la Corte di cassazione d'interporre ricorso per far annullare *nell'interesse della legge* le sentenze proferite contro il diritto dai magistrati penali. Ma bisogna aver presenti i termini dell'art. 441 che ha una vera importanza storica. « Lorsque sur *l'exhibition d'une ordre formel à lui donné par le ministre de la justice*, le procureur général près la

Cour de cassation dénoncera à la section criminelle des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi, ces actes, arrêts, ou jugements pourront être annulés, et les *officiers de police, ou les juges, poursuivis s'il y a lieu*, de la manière exprimée au chapitre 3, du tit. IV, du présent livre ».

Non si può trascurare questa fase della legislazione penale che ha ancora un vivo interesse per noi dal punto di vista storico, nonostante il progresso che anche in questa parte abbiamo fatto; ma la nostra esposizione sarà breve.

Le disposizioni dell'art. 441 e dell'art. 442, sono, senz'alcun dubbio, due disposizioni diverse come lo erano quelle degli articoli 80 e 88 della legge di ventoso. L'art. 442, lo abbiamo già notato, entra nelle facoltà e nei doveri del procuratore generale (a); rappresenta un limite alla immutabilità della cosa giudicata, ma nell'ordine puro e semplice dei principii e soltanto per lacerare, a dir così, dagli annali giudiziarii una pagina di riprovevole esempio. Era ben d'uopo che l'altra disposizione fosse diversa, per non introdurre uno strano pleonasmo nella legislazione, quale sarebbe l'articolo 441 che non avrebbe altro di singolare che il magistrato che farebbe la proposta della Cassazione mentre in questo caso lo stesso ministro della giustizia prenderebbe la iniziativa, mediante però ad ogni modo l'organo del procuratore generale della Cassazione, laddove nel secondo caso lo stesso procuratore generale agirebbe per proprio ufficio.

413. I giureconsulti del gran paese si agitarono lungamente intorno alle conseguenze pratiche e reali dell'art. 441. Lo spirito che animava questo articolo era palese; nessun tempo doveva esser chiuso alla verità, alla giustizia; non vi doveva esser prescrizione per quei grandi errori, più ancora, per quei delitti che fanno del ministerio santo della giustizia un flagello della umanità. L'articolo arido e secco, e senza ragione o motivo, come si fanno le leggi moderne, non lo diceva ma lo pensava e questa lode di previdenza, altamente saggia,

(a) Ecco l'art. 442. « Lorsque il aura été rendu par une Cour royal ou d'assises ou par un tribunal correctionnel ou de police, un arrêt ou un jugement en dernier ressort, sujet a cassation, et contre lequel neanmoins aucune des parties n'aura, réclame *dans le délai déterminé*, le procureur général près la Cour de cassation pourra aussi d'office, et non obstant l'expiration du délai, en donner connaissance à la Cour de cassation. L'arrêt ou le jugement sera cassé, *sans que les parties puissent s'en prévaloir pour s'opposer a son execution*.

non gli può esser negata. Ma qual era la sua intenzione effettiva? Scoprendosi nel corso degli anni che una grande, una sanguinosa ingiustizia era stata commessa, portava forse in se stessa il germe della riparazione, si presentava vindice della giustizia offesa per abbattere e per riedificare, per operare quanto fosse possibile, una vera e perfetta restituzione *in integrum*: oppure il suo scopo andava a confondersi con quello del seguente art. 442, vale dire era quello soltanto di ottenere dalla Cassazione una sterile dichiarazione di annullamento *nell'interesse della legge*?

Sarebbe inutile e frustraneo percorrere tutte le opinioni degli scrittori, alcuni dei quali trovavano assurdo e del tutto sovversivo il primo effetto; ed altri ne ravvisavano la necessità e non sapevano comprendere in altro modo l'art. 441. Basterà fermarsi ai sommi, e farsi una idea dello stato della giurisprudenza.

Merlin accreditò la prima opinione dandole l'appoggio del suo nome. Per altro egli recò nello stesso tempo alla controversia la storia delle sue proprie oscillazioni. Il suo pensiero parve fissarsi nella seconda edizione delle sue *questions de droit* (*V. Ministère public*). Fu allora ch'egli pronunciò quella sentenza, d'altronde tanto contrastata, che gli art. 441 e 442 del Codice d'istruzione criminale, non fossero che il *fac-simile* e la copia degli art. 80, 88 della legge di ventoso, argomento che come or ora diremo, sarebbe decisivo. La troppa generalità dell'art. 441 e la sua estensione illimitata, è quella che persuade il Merlin sulla necessità di restringerne la portata. Quanti interessi, incontrastabilmente protetti dalla regiudicata, sarebbero schiacciati da questo, a chiamarlo così, postumo rimedio! Gl'interessi, per esempio delle parti civili, interessi già stabiliti e molto probabilmente soddisfatti, dove ne andrebbero? Osserva ancora, che l'art. 441 non distingue punto fra sentenze di assoluzione e sentenze di condanna: e che le conseguenze ad applicarsi sarebbero enormi. Trema, egli procuratore generale della Cassazione in quell'epoca di tanta ingerenza governativa, trema di sì gran potere lasciato al governo per rinnovare, annullare, sconvolgere coll'organo della Cassazione giudizii già definiti, consumati, e passati nel dominio della storia; potere ch'egli qualifica eccessivo.

E nondimeno questo stesso Merlin, questo distinto intelletto, nella sua celebre requisitoria del 30 gennaio 1813, aveva domandato fuori d'ogni termine, e in applicazione dell'art. 441 la cassazione di una

sentenza proferita da un tribunal militare, e ciò non già nel solo interesse della legge ma a tutti gli effetti e compiutamente. Protestando tutto il rispetto alla sovrana regola del *non bis in idem*, il Merlin la trovava perfettamente applicabile ove si trattasse del merito dell'assoluzione o della condanna; nel caso però egli diceva, trattavasi di violata giurisdizione, di una vera frode fatta alla legge, ecc. Queste deboli ragioni bastarono perchè la Corte di cassazione annullasse la sentenza anche nell'interesse delle parti (arr. 12 février 1813); ma non bastarono a persuadere lo stesso Merlin. Esso le rifiutò successivamente, come ho già rammentato.

Mangin e F. Helie si uniscono per rigettare la seconda opinione di Merlin, e concordemente sostengono che l'art. 441 fu scritto con uno scopo molto più esteso, e veramente comprende tutti gl'interessi.

È chiaro per quegli scrittori che l'art. 441 è una istituzione nuova e diversa da quella tracciata nell'art. 80 della legge del 27 ventoso. Non potrebbe quindi in quello tradursi la clausola, *sans préjudice du droit des parties intéressées* che si leggevano nell'art. 80, qualunque fosse il modo con cui doveva intendersi. Anzi la omissione della clausola o riserva, e la discretiva fra l'art. 441 e il 442, sono argomenti assai valutabili in favore di questa tesi. Merlin, dice il nostro Mangin, ebbe torto di sgomentarsi del potere del governo, di quel potere che egli stesso ebbe a invocare più d'una volta; di un governo d'altra parte, che non esitava mai quando si trattava di allargare i suoi poteri; quindi dalla esorbitanza, se pure esiste, non si può argomentare alla non realtà. Ma qual pericolo potrebbe mai vedersi nella intervenzione del ministro della giustizia? La sua è facoltà di proposta e d'iniziativa: l'autorità decisiva risiede sempre e solo nella Cassazione.

È una giurisprudenza di più epoche o periodi. Mangin cita decisioni dell'anno XI, del 1813, del 1815, del 1816, del 1818, del 1819, del 1820, del 1821, del 1822, del 1823, del 1824, del 1827, del 1830 (a). È un'epoca di almeno trent'anni. Ma nel 1831 scese sulla Cassazione uno spirito nuovo; l'art. 441 cominciò ad intendersi di un'altra maniera. Non intendo, nè mi appartiene discutere, sulla forza e virtù degli argomenti che condussero la Corte a sì strepitosa mutazione: mi basterà di notarli. Essi sono: 1° che l'art. 441 non stabilisce che l'annullamento da pronunciarsi debba estendersi sino a colpire i di-

(a) *Traité*, n. 379.

ritti delle parti già fissati dalla regiudicata; 2° che se tale fosse stata la volontà del legislatore, egli avrebbe anche statuito un termine, troppo necessario, onde non restassero in pendente a tempo indefinito interessi e diritti di sì gran momento; 3° indipendentemente anche dal termine, avrebbe dovuto ordinare la notificazione del ricorso a tutte le parti interessate onde potessero difendersi; 4° che la dottrina contraria sarebbe sovversiva dei principii luminosamente stabiliti e consacrati dal Consiglio di Stato nel suo parere del 12 novembre 1806 (a).

La storia della giurisprudenza continua dopo le memorie di Mangin, un po' arretrate. F. Helie, cita decisioni del 1835, del 1836, del 1839, del 1841 e del 1842. Vi è segnalato un periodo nuovo; una specie di ritorno alla coscienza di un potere alquanto maggiore. In massima si venne inaugurando questa dottrina che l'art. 441 non era punto ristretto all'interesse della legge, ma si estendeva provvidamente all'interesse degli ingiustamente condannati. Rispettando le sentenze assolutorie, e i diritti acquisiti a coloro che furono una volta definitivamente giudicati, venivano a troncarsi le più formidabili obbiezioni, e l'art. 441, che sino allora parve un oscuro enigma, si circondava dell'aureola del beneficio, colla santa missione di riscattare le vittime degli errori e delle colpe giudiziarie.

L'ottimo scrittore dell'*instruction crim.*, non solo applaude a questa trasformazione della giurisprudenza ma s'incarica pur anco di dimostrare che la sua dottrina risponde ampiamente ai principii della scienza e ai voti della umanità. Chi ponesse a serio esame i suoi argomenti teorici non li troverebbe tutti di ugual peso, ma un simile esame che per esser serio sarebbe anche lungo, non gioverebbe gran fatto perchè resta sempre a vedere se l'art. 441 contenga in se stesso quella spiegazione; o se piuttosto sia stato abbellito e quasi rinnovato dai suoi autorevoli interpreti. Ma di questo non occorre altro dire e passiamo alla nostra legislazione.

(a) F. Helie vede anche delle fasi subalterne, delle modificazioni di colore nella stessa opinione della Corte suprema (*De l'instruct. crim.* § 183), sino alla decisione del 2 aprile 1831, che è quella sopra citata nella quale mi piace usare le parole dell'autore: *réagissant pour ainsi dire contre l'extention illimitée qu'elle avait donné à l'art. 441, lui a imposé tout à coup des limites étroites.*

II.

*Legislazione italiana. Della Revisione.*

(Art. 671 a 677 del Codice di procedura penale).

415. I disordini dell'art. 441, gli sforzi lungamente durati dalla giurisprudenza francese per conciliarlo colla ragione e colla giustizia, e insieme quel fondo di un grande scopo ch'era in esso quantunque male concepito e mal espresso, suggerirono buoni consigli al legislatore italiano.

Primieramente si è dovuto conoscere che una legge generale in questa materia sarebbe assai pericolosa, perchè essendo generale avrebbe un effetto o troppo lato ed esteso, o scarso e insufficiente. Troppo esteso quando dovesse prendersi per una regola da contrapporsi al grande e salutare principio della cosa giudicata. Scarso e insufficiente, non esprimendo casi e non dettando norme e lasciando nelle applicazioni pratiche una incertezza che d'ordinario si risolverebbe nel respingere la revisione per quel rispetto istintivo che si ha verso la cosa giudicata.

Il primo carattere adunque della istituzione è la determinatezza e la specialità.

Il secondo è quello di porre il suo fondamento in fatti la cui scoperta è posteriore alla decisione, e che sono di natura da produrre per se stessi la più seria apprensione che la decisione sia essenzialmente fondata nell'errore.

Il terzo è di non avere a scopo obbiettivo che la revisione delle condanne.

Umiliante ma coscienziosa ma necessaria confessione della umana fallibilità. Il principio della *veritatis praesumptio* che costituisce la cosa giudicata resta quello che è: non si è mai preteso di dominare con esso la verità naturale che può bene fulminarlo colla sua luce improvvisa e rivelarci un abisso.

Grande argomento, forse il maggiore, per coloro che propugnano l'abolizione della pena di morte!

416. La nostra legislazione stabilisce tre casi o contingenze: 1° Se due persone sono state condannate per uno stesso crimine con due sentenze che non possono conciliarsi e sono la prova dell'innocenza

dell'uno o dell'altro condannato (art. 671 ora 688); 2° se vi sono indizii sufficienti per ritenere che una persona il cui omicidio fu soggetto di un giudizio criminale che terminò colla condanna, sia ancora vivente (art. 672 ora 689); 3° se dopo la condanna di un accusato, uno o più testimonii che hanno deposto contro di lui saranno imputati di falsa testimonianza o reticenza a suo carico, e l'accusa per questo reato sia stata ammessa, o sia soltanto rilasciato contro i testimonii mandato di cattura o siano in seguito stati condannati (art. 673 ora 590). Avvenimenti di questa natura (coi quali può credersi non esaurita la serie) ci riempiono l'animo di un sospetto doloroso, c'impongono di ritornare sulle traccie di una giustizia che ha cessato di essere apparente; e richiedono investigazioni e misure straordinarie. È da sperare per l'onore dei magistrati e per l'interesse della giustizia che i due casi prima avvisati non accadano mai; il terzo è meno improbabile ma l'aver presentita dallo stato posteriormente verificato la influenza esercitata nel giudizio già definito, è meritevole d'ogni elogio.

417. L'art. 675 ora 692, parla di quel testimonio o di quei testimonii *che deposero nel processo*, ma la cui imputazione di falso *è posteriore alla sentenza di condanna;* esige che i testimonii siano imputati di falso precisamente nel loro deposto a carico del condannato, e non per altro titolo o causa qualunque. Avendo cotali testimonii deposto *a carico* (conviene dedurlo dalla ragione dell'art. 673), bisogna credere ch'essi abbiano più o meno cooperato a formare la convinzione dei giudici; e quando si elevano contro di loro indizii di falsità talmente gravi da essere colpiti da un mandato di cattura o da una sentenza d'accusa, entra tosto il ragionevole dubbio che la condanna sia stata determinata da elementi illegittimi; che se poi la falsità dei testimonii è giudicata, dovrà annullarsi la condanna, rinnovarsi il giudizio e la sorte del condannato sarà di nuovo cimentata in confronto del processo ridotto a termini di verità.

Per tutto ciò è d'uopo che il processo di falso contro i testimonii sia posteriore alla condanna dell'accusato, con che si attacca direttamente, e si ferisce a dir così nel cuore la regiudicata che per sussistere e per essere com'è rispettabile alle genti, è d'uopo non sia l'effetto di fraudolenti manovre, il parto di un delitto (*a*). Se i testi-

(*a*) « Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et judicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis, reli-

monii avessero subita la eccezione e il sospetto di falso, pendente il processo principale, secondo le previsioni degli art. 299 e seg., del Codice di procedura penale, compenetrandosi la cognizione del fatto loro nella causa già decisa, si offenderebbe la regola del *non bis in idem* occupandosi nuovamente di tali testimonii nei loro rapporti colla cosa giudicata. La legge adunque suppone che quei testimonii non siano stati eccepiti nel giudizio; e che dopo il loro non contestato deposto, e dopo la condanna, sia stato scoperto l'inganno, ed essi abbiano già cominciato a patirne le conseguenze dalla giustizia dei tribunali.

418. Si crede e con ragione che il governo nella missione che ha di vegliare assiduamente alla pubblica sicurezza e coi grandi mezzi di cui dispone, potrà fare queste grandi scoperte e prenderà tutto l'impegno per farle. L'art. 671 e gli altri relativi non hanno voluto attribuire, a parlar giusto, un nuovo potere al governo, non una ingerenza autorevole nella giustizia, nè potrebbero perciò di nessuna maniera rinnovarsi le critiche dei gius pubblicisti sopra leggi dei Codici penali francesi alle quali la nostra sembra avere un certo carattere di somiglianza. Il governo viene indicato come il centro a cui devono riferirsi tutte le nozioni di questo genere da qualsivoglia parte provengano, o dai condannati e loro famiglie, amici, fautori, o dal pubblico Ministero o da qualunque del popolo, bene informato, e recante in mano le sue prove. Il governo, il Ministero di grazia e giustizia cui questo particolar ramo dell'amministrazione pubblica è affidato, senza esercitare veruna pressione, neppure sul pubblico Ministero, fa il debito suo risvegliando la giustizia ed eccitandola a fissare la più profonda attenzione sopra una condizione di cose che sconvolge le idee che comunemente si hanno della giustizia, e turbano sino al fondo la coscienza pubblica.

419. La legge non si è occupata delle assolutorie che potrebbero essere non meno scandalose, non meno funeste alla giustizia. Si sente anche da chi non saprebbe dirne la ragione che l'assoluzione di un

gionem judicis circumventam esse, *in integrum causam restituendam*, in haec verba rescripsit. Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi jussi. Tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica, et si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, *in integrum restituas*. — L. 33, D. *de re judicata*. — Confer. tit. Cod. *si ex falsis instrum. vel testim.* ».

accusato è perentoria e finale; ch'essa è irretrattabile. Gli errori si correggono quando furono causa agl'individui di sciagura immeritata; se invece favorirono un'assoluzione, lo stato giuridico non se ne sgomenta in un modo particolare: *impunitum facinus:* ma quanti sono che vanno impuniti! Si è detto che lo Stato *può rinunciare*, in vista del principio d'ordine e per un interesse maggiore al diritto a lui acquisito di far rivedere le assoluzioni ingiuste; che per contro i diritti delle parti sono irrevocabili (Helie, *Instit. crim.*, t. III, § 183). No, lo Stato non ha dei diritti acquisiti o non acquisiti in fatto di giustizia: lo Stato ha dei doveri. Esso ha il dovere di rivendicare, per quanto è possibile, le ingiustizie patenti avvenute a danno degli individui. Ma quanto a coloro che, accusati, furono poi definitivamente assolti, l'unità del giudizio è una delle applicazioni del principio della libertà individuale, e, non appartenendo allo Stato, è erroneo il dire ch'esso rinuncia al suo diritto.

## § XCIII. — *Irrevocabilità del giudicato.*
## *Sentenza contumaciale.*

**420.** Non ha mai acquistato autorità di cosa giudicata una sentenza revocabile.

**421.** La sentenza contumaciale è in condizione d'irrevocabilità quando non si verifichi quello stato di diritto per il quale si risolve. Non essendovi ragione perchè una sentenza d'assolutoria pronunciata in contumacia sia oppugnata da chi ne fu favorito, essa avrà tutta la perfezione della cosa giudicata e resterà immutabile.

Una sentenza sfavorevole, una sentenza di condanna, più o meno gravante, potrà egualmente passare in giudicato ove il condannato non vi si opponga, o colla sua presenza non la risolva; la questione però solita a farsi dagli scrittori non riguarda che indirettamente la teoria della cosa giudicata, ed è piuttosto speciale allo istituto della contumacia.

La questione è questa; se contenendo la sentenza contumaciale con alcune parti dannose all'imputato alcune parti utili, comparendo, possa le utili accettare, quasi fossero cosa giudicata a lui acquisita, combattendo però le altre parti.

Un'altra questione ancora suol farsi. Se comparendo o volontaria-

mente o suo malgrado innanzi alla giustizia dopo la sentenza contumaciale, possa il condannato in contumacia evitare il giudizio contraddittorio, acquietandosi alla sentenza pronunciata.

Brevemente di entrambe.

La nostra legislazione non è diversa dalla francese. Anche noi abbiamo questa idea di una sentenza contumaciale: il giudizio proferito nell'assenza del condannato essere naturalmente imperfetto, e non aver ragione d'esistenza allorchè si è in grado di riassumerlo in presenza di lui (a).

La sentenza che condanna in contumacia potrebbe avere alcune parti favorevoli al condannato, come si disse, e mitiganti il rigore della condanna: e se ne dà esempio in una dichiarazione colla quale si ritenesse bensì la colpabilità, ma si escludessero *le circostanze aggravanti*, e per conseguenza il reato avesse a reputarsi non crimine ma semplice delitto. Perchè mai il condannato non potrebbe partire da questo punto, assumendo cioè che poichè così fu dichiarato, la sentenza deve rimaner ferma nella parte favorevole, mentr'egli s'incarica di difendersi dalla imputazione di delitto, il che intende di fare avanti il tribunale correzionale, e non già avanti la Corte d'assise in quella disastrosa lotta che desta in tutti la più invincibile ripugnanza?

La giurisprudenza è bene stabilita su questo punto. Per più ragioni ugualmente perentorie si ritiene che la presenza dell'accusato, volontaria o no, basti a far cadere nel nulla e distruggere ogni reliquia del giudicato contumaciale; 1° la legge positiva che così dichiara; 2° la natura essenzialmente transitoria di un giudizio contumaciale; 3° la indivisibilità *delle circostanze* col fatto principale di cui sono semplicemente un modo di essere (b).

(a) Art. 390 del Codice di procedura penale. Se l'opponente comparisce si leggerà il verbale del primo dibattimento; nel resto si procederà in contraddittorio e *la condanna in contumacia si avrà come non avvenuta*. Art. 529 alin. Agg. articoli 529, 530, 537.

(b) F. Helie tenta introdurre una distinzione, sempre però respinta dalla Corte suprema, com'egli pure confessa, fra le circostanze che sono connesse col fatto principale e quelle che non lo sono (§ 178). Se *le circostanze* non hanno verun rapporto col reato che motivò la condanna, allora costituiranno un fatto a parte, un reato separato; ed avrà luogo un'altra teoria, quella che essendo un imputato per un reato distinto condannato e per altro assolto, *tot capita tot sententiae*, il capo dell'assoluzione passerà in giudicato a suo favore, pienamente libero di op-

Rispetto alla seconda questione, i giureconsulti francesi avevano a superare una certa difficoltà. Due articoli del *Cod. d'instruct. crim.* (187, 188), dichiarano che un prevenuto condannato in contumacia a una pena correzionale può *former opposition ou acquiescer au jugement*. Colui pertanto che, accusato di crimine, era stato ritenuto da una Corte d'assise (cui era stato erroneamente rinviato dalla sezione d'accusa) autore di semplice delitto, avrebbe potuto accettare la sentenza come direttamente emanata dal tribunale correzionale. Fu una prima opinione di Merlin da lui poscia mutata. Per noi non esiste questa, quantunque lieve, difficoltà. Il citato articolo 390, relativo ai giudizii correzionali, parla bensì di opposizione (forma di procedere in siffatti giudizii) ma dichiara nel modo più assoluto, che *la condanna in contumacia si avrà come non avvenuta*. L'unica acquiescenza possibile è il silenzio del condannato, la *non opposizione*. Allora però ch'egli voglia prevalersi dei suoi diritti di opposizione per combattere il fondo della imputazione, non vi è più alcuna parte della sentenza che rimanga salda.

Sopratutto ci richiamano gravi considerazioni di diritto giudiziario; i giudizii criminali essere d'ordine pubblico; una sentenza criminale non dover ripetere la sua giustizia dall'acquiescenza della parte condannata; che, ciò essendo, un giudizio contumaciale non ha quelle condizioni di guarentigia che si ricercano nello scopo della verità; che rinnovare il giudizio, tosto che è possibile, con quei modi che meglio a tale scopo possono condurre, è dovere verso la ragione e verso la umanità; e ai doveri non si rinunzia.

## § XCIV. — *Del rapporto d'identità fra i fatti giudicati e i fatti giudicabili.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 181 a 184).

422. « L'accusato assolto, o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più esser sottoposto a processo nè accusato *pel medesimo fatto* ». L'art. 518 del Codice di

porsi al capo della condanna. Fuori di ciò le circostanze, aggravanti o no, non potranno dividersi dal fatto principale con altro giudizio che con quello di merito.

procedura penale. È questa pure la sostanza dell'art. 360 del Codice d'istruzione criminale francese.

423. La legge ha inteso parlare *del fatto giuridico;* e vale in quanto è un ente giuridico o apprezzabile dalla legge penale. L'omicidio, il furto, il falso, sono fatti giuridici; gli atti indifferenti della vita, il conversare, il passeggiare, il fare all'amore (*finibus servatis*), non sono fatti giuridici; la legge non si cura di loro, non li nomina, non li caratterizza, non li pone in relazione con se stessa, non li fa oggetto di esame, di sindacato e di castigo.

Questa prima osservazione è tutt'altro che irrilevante; essa serve a dare al fatto giuridico una estensione minore o maggiore del fatto semplicemente storico o naturale, ed esclude o raccoglie nel medesimo concetto altri fatti accessorii e circostanziali che sembrerebbero separati e distinti quando non si esaminassero sotto questo rapporto.

Il nesso dei fatti va dunque a trovarsi non solamente nell'ordine materiale ma eziandio nell'ordine giuridico: materialmente le cose furtive si muovono o si trasportano con atti diversi dalla persona ma nel loro insieme costituiscono una unità giuridica, il furto. Gli atti di prostituzione, di corruzione, di lenocinio sono moltiformi e distinti anche per tempo; come i fatti d'usura; come tutti quelli dai quali un reato deriva il suo carattere d'abitualità. Si riuniscono concettualmente e formano una unità giuridica; e sono a considerarsi come gli elementi costitutivi di un fatto unico.

Dopo la *identità* viene la *connessità* (vocabolo legale); indi la *correlazione*, termine di rapporto meno necessario, contemplato dalla legge per fini diversi da quelli dell'art. 505.

I fatti connessi sono fatti distinti, e sostanzialmente diversi; e non parti elementari aggregantisi per formare il concetto giuridico, e quindi subordinati alla denominazione del reato in cui si fondono. Questa può dirsi *identità obbiettiva*. I fatti connessi non costituiscono sempre, ma possono costituire una *identità subbiettiva* che si determina *dalla intenzione degli agenti*. Male s'intenderebbero se la legge non fosse diligente nel definirli. Onde dice l'articolo 20. « Vi è connessità fra i crimini, è fra questi, i delitti e le contravvenzioni: 1° quando sono stati commessi nello stesso tempo da più persone riunite, o da diverse persone anche in tempi e luoghi diversi, *ma previo concerto tra di esse;* 2° Quando gli uni furono commessi *per procu-*

*rarsi i mezzi* di commetter gli altri, *o per facilitare o consumare* la esecuzione ed assicurarne la impunità ».

Credo dover avvertire, in passando, che il concetto d'identità applicabile all'art. 504 (sopra trascritto), è quello *d'identità oggettiva*, non l'atto *d'identità soggettiva*. Il primo è in *re ipsa*, nella essenza delle cose, nella realtà. Il secondo concetto tiene più al convenzionale, più al bisogno del metodo e all'ordine dei giudizii. Se la intenzione comune raccoglie in una solidarietà più persone che si abbandonano a commettere dei misfatti in comune, o si danno vicendevole appoggio, subiranno un solo giudizio perchè la divisione dei giudizii sarebbe o impossibile o certamente dannosa. Potranno nondimeno dichiararsi rei di più reati e per tali punirsi.

Pertanto consideriamo nelle varie ipotesi l'autorità della cosa giudicata nei suoi effetti.

Sul fatto fisicamente unico non può cadere alcuna questione. Tizio ha ucciso Caio con un colpo d'archibugio; il fatto si consumò con questo solo atto.

**424.** Il fatto può essere moralmente e giuridicamente unico malgrado la pluralità degli atti fisici che concorsero a consumarlo. Tutti gli oggetti appresi con varii moti e operazioni in un'azione furtiva, formano la *universitas furtiva* e il furto unico, ben intesi in una certa circoscrizione di volontà, di luogo e di tempo. È perciò che i fatti posteriori verrebbero a costituire un furto nuovo. Quelli all'incontro che al primo furto fossero riferibili, scoprendosi dopo il giudizio di assoluzione, non darebbero materia ad un'azione penale di furto, ma dovrebbero ritenersi compresi ed assorbiti nel giudizio (*a*). Se i nuovi oggetti furtivi venissero a scoprirsi, durante ancora il giudizio, non farebbero che ampliare la entità materiale del furto medesimo.

**425.** Quando poi gli elementi del reato, anzichè raccogliersi in un tempo e spazio determinato onde possano costituire unità, secondo il caso esemplato del furto, si vanno invece avverando in un tratto successivo, allora dovrà seguirsi una regola diversa.

Supponiamo la imputazione di reato di vagabondaggio che è l'abitu-

(*a*) Se dopo l'assoluzione si scoprisse che furono rubati contemporaneamente ad altre cose già denunciate, in unica azione furtiva, due candelieri d'argento, non si darebbe nuovamente l'*actio furti*.

dine del vagare oziando, accattando, birboneggiando; la triste scioperataggine continuata. È un complesso di atti dai quali si deduce questo modo di vivere di un uomo. Scoprendosi nuovi atti aventi simile carattere nel corso del processo, vanno tutti a costituire il concetto unico, e l'unico reato: vagabondaggio. Scoprendosi dopo il *decreto di assoluzione*, non si riferiscono o annettono punto al fatto giudicato, come si è detto avvenire rapporto al furto; ma sono invece, o possono essere, elementi distinti di una nuova imputazione di vagabondaggio. E ciò perchè gli elementi considerati del furto appartengono ad un'azione isolata, non si riferiscono che a quella, e da essa si qualificano (*a*), laddove gli atti di vagabondaggio hanno per risultato non un fatto isolato ma un'abitudine in cui il reato propriamente consiste; onde hanno o possono avere un rapporto che riferendosi indifferentemente ad uno piuttosto che ad altro periodo della vita, può dar ragione del carattere morale di un uomo e della sua condotta.

**426.** Si è detto che i fatti connessi che possiamo ben appellare reati poichè sotto questo aspetto appunto si vengono considerando, sono fatti e reati distinti; ma si congiungono insieme nel concetto e nella ragione della legge, o perchè per natura costituiscono un'azione unica e formano realmente un tutto indivisibile, o perchè almeno presentano attinenze di mezzi o di scopo o di circostanze, quantunque non inseparabili e non necessarie, che dimostrano esser cosa regolare prudente e conforme a giustizia, che quei reati siano complessivamente esaminati e definiti (*b*).

Volendosi recare ad esame quale in simili casi sia l'autorità, quale la efficacia della cosa giudicata; se comprenda i varii reati riuniti in quel complesso; se la decisione sopra alcuno di essi influisca anche sugli altri non espressamente giudicati, va innanzi a tutte le altre

(*a*) Si sono tenute delle congreghe dai ladri prima di commettere il furto. Quest'associazione non avrebbe per avventura carattere delittuoso se non si attaccasse al furto.

(*b*) « Non v'ha dubbio, osserva l'illustre Massa-Saluzzo, già presidente nella Corte di cassazione che « siffatta disposizione (quella dell'art. 20 del Cod. di proc. penale) debba considerarsi solamente come dimostrativa. Tante difatti possono essere le relazioni fra loro delle umane azioni che impossibile sarebbe definirne i casi, e se la legge indicò i più frequenti ed ordinarii, non escluse quelli che per analogia vi somigliano, e nei quali il sommo interesse della giustizia, lo scoprimento della verità, e il diritto della difesa richiedono che alle diverse procedure si ponga fine con un solo giudizio ». Commenti al Cod. di proc. pen. § 132.

una regola ed è: che la influenza e la efficacia della cosa giudicata sul totale è certa e indubitata, quando più reati si congiungano per formare un'azione unica e naturalmente inscindibile. Così se un individuo è stato imputato di aver commessa una truffa cogli aiuti e cogli argomenti di certe falsità che veniva a quello scopo esponendo, una volta assolto dalla imputazione di truffa, non può più essere perseguito per le falsità. E se ne dà per ragione, che non essendovi falso senza intenzione dolosa, l'assoluzione da quel reato a cui le falsità sarebbero state un mezzo, prova che non vi fu intenzione dolosa (a).

427. Del resto verificandosi più fatti, ognuno dei quali è un reato, non si può esitare nell'ammettere in massima generale; che tanti giudizii quanti reati, onde la cosa giudicata non ha effetto che relativamente al giudizio che ha reso. Questo principio potrà così limitarsi: 1° nella esposta reale e inscindibile connessità dei reati; 2° se nell'atto d'accusa tutti i reati siano stati compresi, quantunque sia sfuggito il giudicarne (b).

## § XCV. — *Applicazione della teoria in relazione all'art.* 504 *del Codice di procedura penale.*

428. Ecco tre deduzioni che discendono dall'art. 504 (ora 518).

1° Che il fatto, sul quale non può ripetersi nè accusa, nè processo, nè giudizio, è *fatto giuridico.*

2° Che tale essendo dev'essere, considerato come una nozione complessa che abbraccia gli elementi proprii della sua natura, e si coordina a quelle circostanze correlative, qualificative e accessorie che nell'ordine materiale potrebbero anche ravvisarsi fatti distinti.

(a) L'esempio è di Mangin (*Trat.* n. 407). Egli cita (ivi) una decisione, che rischiara l'argomento. Un individuo, accusato di falso allo scopo di commettere certe concussioni, e riconosciuto non colpevole di falso per aver agito senza disegno di nuocere, e più per ignoranza che per malizia, non poteva essere perseguito in causa delle concussioni di cui il falso era il mezzo, posciachè i giurati ebbero dichiarato che non vi fu dolo nel falso.

Di tal guisa, per quel rapporto di esistenza che ha il mezzo col fine e viceversa, sia che la *innocenza del fine* dimostri *la innocenza* del mezzo, sia che *la innocenza del mezzo* escluda la *reità del fine*, come nel secondo caso, abbiamo un risultato identico.

(b) In quest'ultimo caso sarà del pubblico Ministero il ricorrere per annullamento.

3° Che il fatto per altro così considerato dev'essere stato regolarmente proposto alla cognizione giudiziaria.

L'art. 505 (519) è in armonia con quest'ultimo postulato: « Qualora nel corso del dibattimento sieno risultati a carico dell'accusato o per documenti, o per deposizioni di testimonii, *altri fatti non indicati nell'atto d'accusa*, la Corte non potrà pronunciare *sui nuovi fatti*, ma dovrà procedere e statuire conformemente al disposto del presente Codice e del Codice penale ».

429. Ma qual è il *fatto nuovo?* La questione rientra nella precedente (*a*). È quello che non è contenuto nell'atto d'accusa neppure in modo sottinteso e implicito. Il quale modo sottinteso e implicito può apparire, o perchè quello che dicesi fatto nuovo, non sia che una delle qualità o degli accidenti proprii del reato dedotto in accusa, come nelle ipotesi del furto si fece manifesto; ovvero non sia che una circostanza di fatto materiale che doveva ritenersi compresa nella storia narrata dall'accusa, benchè non chiaramente espressa; o perchè il fatto stesso andasse a risolversi in un elemento d'imputabilità, per sua natura, per la intenzione dell'accusa, per la estimazione che se n'è fatta o avrebbe dovuto farsene nel giudizio.

*L'eadem res*, o *l'idem obiectum*, e il fatto nuovo possono fornir materia di discussione sì prima della sentenza che dopo la sentenza in giudizio diverso: solo nel secondo caso è questione propriamente di regiudicata. Nel corso di un dibattimento un accusato che si crede colpito e come sorpreso da un nuovo addebito non formulato nell'atto d'accusa, si oppone a che sia proposto ai giurati, e sostiene che il presidente e la Corte non possono farne oggetto di esame. Respinto in questa pretesa, porta i suoi reclami alla Cassazione. È questa la specie giudicata nella decisione che segue. Ma la medesima questione si porta ad un'altra Corte d'assise, in un altro giudizio, in un senso diverso, e l'accusato si difende dal nuovo giudizio collo scudo della cosa giudicata. Egli dice: questo fatto mi è stato altra volta contestato, io ho sostenuto un giudizio, e sono stato assolto. *Non bis in idem*. La posizione dell'accusato nei due casi è diversa; ma i criterii direttivi son sempre quelli.

Una sentenza della Corte d'assise del circolo di Torino aveva condannato Giovanni Chenna alla pena dei lavori forzati per anni 15,

(*a*) Sotto altro aspetto la questione del fatto nuovo sarà riveduta al § XCVIII.

alla interdizione dai pubblici uflicii, nella indennità e nelle spese, siccome colpevole di avere in complicità con altri individui sul finire dell'anno 1856 e sul principio dal 1857, fabbricato in varie città della Francia e segnatamente in Aix e in Avignone falsi biglietti di L. 1000 della Banca nazionale sarda. Una fra le questioni proposte ai giurati, fu intorno *allo smercio fatto in Francia di quei falsi biglietti*. L'atto di accusa, secondo i mezzi che l'accusato presentava, non comprendeva quel capo d'imputazione: il fatto sarebbe stato nuovo, e in relazione all'art. 505, non avrebbe dovuto proporsi al giudizio. La Corte di cassazione rigettò questo capo di reclamo pei seguenti motivi che contengono il fondo della dottrina. « Atteso in fatto che sia dal contesto dell'atto d'accusa e da più periodi del medesimo, sia dal letterale tenore della dichiarazione emessa sulla sentenza di rinvio, apparisce evidente che a carico del ricorrente e del di lui complice ascrivevasi non solo il fatto della fabbricazione operata in Francia di falsi biglietti della Banca nazionale sarda, ma si ancora quello dello smercio dei medesimi biglietti colà fabbricati. — *Atteso in diritto che se l'invocato art.* 505 *del Codice di procedura penale vieta alla Corte di pronunciare sopra quei fatti i quali fossero venuti a risultare o per documenti, o per deposizioni di testimonii, o per altri fatti non indicati nell'atto d'accusa, un tale divieto non ha luogo rispetto a quei fatti i quali vennero nell'atto d'accusa stesso appositamente riferiti com' elementi d' imputabilità a carico dell'accusato e la ragione di tale differenza sta in ciò, che quei fatti non compresi nell'atto di accusa, come che sorti unicamente dallo svolgimento dell'orale discussione*, senza che l'imputato ne sia stato in tempo prevenuto, ed abbia avuto campo di opporre ai medesimi le sue osservazioni e le sue difese, costituiscono veramente *un fatto nuovo* in riguardo al quale perciò debbono anzitutto essere compiute le norme di procedimento prescritte dalla legge, mentre invece quando i fatti sono espressi in quell'atto d'accusa che costituisce il giuridico diffidamento all'incolpato, e determina la vera contestazione delle imputazioni sulle quali egli è chiamato a difendersi, le norme fondamentali del giudizio sono allora osservate, gli elementi dell'accusa sono manifesti, e l'adito alla difesa è libero ed aperto; sicchè come sovra ogni parte dell'atto d'accusa può svolgersi la discussione; così può la Corte sovra ciascuna di esse portare il proprio giudizio. — Che non osta a siffatta intelligenza della legge il non essersi fatto cenno

nella parte dichiarativa d'accusa di questo fatto dello smercio dei biglietti; perchè la legge nel citato art. 505, non si riferisce soltanto *al capo o riassunto dell'atto d'accusa* in cui sono unicamente determinati e specificati i capi d'imputazione che si ascrivono all'accusato, ma accenna invece *all'intero atto d'accusa* il quale comprende lo svolgimento dei risultamenti ottenuti dalla istruzione preliminare, e dei fatti o circostanze emergenti a carico dell'imputato; il qual atto d'accusa dovendo per intiero essere notificato all'accusato il quale rimane perciò diffidato di quanto vi ha di contrario a lui nell'azione penale cui è sottoposto, soddisfa pienamente al voto della legge (*a*). — Attesochè, ciò ritenuto, se il fatto dello smercio dei biglietti, accennato nell'atto d'accusa, non avrebbe potuto formare un capo distinto d'imputazione, perciocchè come tale non era compreso nel riassunto o dichiarazione dell'atto stesso, potea per altro essere ritenuto ed apprezzato *qual circostanza consociata alla fabbricazione dei biglietti e qual complemento della imputabilità ascritta al ricorrente;* per conseguenza doveva necessariamente un tal fatto formare oggetto di una distinta dichiarazione dei giudici del fatto (*b*), e doveano perciò i giurati essere sul medesimo particolarmente interrogati. (Ricorso Chenna, sentenza del 6 marzo 1861).

## § XCVI. — *Di più reati derivati da un solo fatto.*

*Idee francesi.*

(MANCIN, *Compendio*, n. 186, 187).

430. Ora sorge una questione diversa e più grave che riguarda *non la pluralità dei fatti delittuosi*, ma la *pluralità dei delitti che collo stesso fatto si commettono.*

(*a*) Questa decisione stabilisce l'importante massima che l'atto di accusa è un complesso in cui il pubblico Ministero spiega le sue pretensioni ed apre all'accusato il libro del futuro giudizio. Se l'accusato ha potuto conoscere il dato, l'aggravio, la qualità, o circostanza che di poi gli giova qualificare come fatto nuovo, in qualunque parte si trovi dell'atto d'accusa, nella narrazione o nel riassunto, ciò basta perchè non possa opporsi alla contestazione di quel fatto, nè abbia diritto di considerarlo come nuovo ai termini dell'art. 505.

(*b*) Come gravante il dolo della fabbricazione e rilevante vieppiù il suo scopo.

431. Un reato non può essere colpito che con una sola pena: antico dettato di ragion giudiziaria (a).

È un altro dettato fondamentale: che una volta dedotto in accusa il delitto pubblico, l'accusa non può più rinnovarsi. « Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest (b) ». L. 9, Cod. *de accusat.*

Ma il testo insiste con una ampliazione che ci mostra come il concetto di più reati nascenti da un fatto solo, fosse bene appreso da quei penalisti. È necessario avere il rimanente del testo sott'occhio. « *Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri.* Judex autem super utroque crimine audientiam accomodabit. Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat ».

432. Se non erro, in due modi può concepirsi codesto moltiplice effetto di un'azione unica. Sotto un aspetto oggettivo, e sotto un aspetto soggettivo. Chi sparando un arma uccide un uomo e nello stesso tempo incendia un edificio, commette due delitti e incorre in due pene. Ecco il primo aspetto. Oppure un'azione può costituire dei reati differenti secondo i fini e la intenzione dell'agente e non secondo l'effetto che produce. È il secondo aspetto.

Io credo bene che dall'uno all'altro modo di considerare la efficienza del fatto delittuoso corra grandissimo divario e abbiano a condursi conseguenze assai diverse. Sembra certo che il testo romano nella sua generalità li comprenda amendue. Ma intanto bisogna premettere e tenere nella mente (onde intendere come si dee i loro concetti) che i Francesi trattando questa materia, fra loro molto disputata e ardente, partono dalla seconda vista.

Con un colpo di fuoco si è ucciso un uomo; il fatto può costituire ugualmente un omicidio premeditato, o un omicidio involontario. Dei replicati attentati al pudore possono giudicarsi come stupro o come

(a) « Senatus censuit ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret. L. 14, D. *de accusat.* ».

(b) Il Savigny, più specialmente in materia civile, osservò che presso i Romani ogni azione si teneva già consumata alla *litis contestatio*, onde non poteva più riprodursi, indipendentemente da ogni pronuncia. *Droit. rom.*, *De violat.*, *De Droits.*, § 281. Onde il citato testo — *in accusationem deductus* — e non in quanto sia stato giudicato.

atti di eccitamento abituale alla prostituzione. Una bevanda avvelenata dolosamente somministrata se non portò la morte può aver prodotto un aborto. Ecco degli esempii della seconda maniera e strettamente della seconda maniera, che si arrecano uniformemente da Mangin, da Dalloz, da F. Helie e da altri, che io riferisco alla lettera, per non alterare in nulla nè le loro idee, nè il loro sistema (*a*).

Avverto intanto per conto mio, che nel primo aspetto due o più reati nascono da una sola azione colpevole, e nel secondo si ha un reato alternativo.

433. Posta questa seria considerazione, è necessario percorrere cogli scrittori francesi un tratto storico della loro giurisprudenza.

Per gli articoli 574, 577 e 58 del Codice di brumaire anno IV, i giudici del fatto dovevano essere interrogati in primo luogo sulla esistenza materiale del fatto e sulla partecipazione dell'accusato; poi sulla moralità del fatto stesso, in fine *sur le plus ou le moins de gravité du délit résultant de l'acte d'accusation de la défense de l'accusé et du débat*. I giurati adunque dovevano tutto vedere, tutto esaminare, e non vi era qualificazione alcuna dell'atto delittuoso che potesse sfuggire al loro giudizio.

Sotto lo impero di questa legge, dice quasi letteralmente il Mangin, una sentenza di assoluzione purgava non solamente l'accusa tale quale era presentata al tribunale, ma purgava eziandio tutte le accuse e tutte le prevenzioni che potesse causare, appunto perchè si riteneva che a sì compiuto esame avesse corrisposto il più compiuto giudizio. Più non potevasi pertanto, nè dal Ministero pubblico nè dalla parte civile, riprodursi *lo stesso fatto sotto un'altra qualificazione*, nè sostener che non essendo essa stata presentata al giurì, questi non aveva potuto statuirne. Se non avesse statuito, allora si era in grado di rispondere, che dal silenzio del giurì si doveva desumere che non aveva avuto materia per farlo.

Il Codice d'istruzione criminale, dicono tutti i giuristi di questa opinione, portò un radicale cangiamento alla legge di brumaire. Esso ha ridotto i giurati a non esaminare il fatto che nei suoi rapporti coll'atto d'accusa e colla qualificazione che l'atto d'accusa gli oppone. Onde non si interrogano i giurati *sur le plus ou le moins de gravité*

(*a*) MANGIN, *Traité*, n. 409; HELIE, *instruction crim.*, tom. III, § 180; DALLOZ, V. *Chose-jugée.*

*du délit*, quale risulta dall'insieme dell'atto d'accusa, dalla difesa dell'accusato e dal dibattimento: la questione ad essa posta innanzi è quella che risulta dall'atto d'accusa, in questi termini: « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation? » Rispetto ai fatti risultanti dal dibattimento e non dall'atto d'accusa, non si porgono al giudizio dei giurati fuorchè *le circostanze aggravanti*, e *le scuse* addotte dall'accusato.

Ammette e riconosce il Mangin, dal quale tolgo esattamente questa che si direbbe la posizione della questione, ammette e riconosce che *per la forza delle cose*, com'egli dice, *si è dovuto estendere il cerchio delle attribuzioni dei giurati* nell'esame dei fatti dell'accusa, si è dovuto render loro possibile di esaminare il fatto *sous d'autres rapports que celui sous lequel l'acte d'accusation l'a envisagé;* si è venuto concedendo al presidente della Corte d'assise facoltà di ricercare il giurì ed eccitarlo a pronunciare *sur tous les caractères que le fait peut recevoir de la loi pénale* (prego di notare queste parole), ma che? È forse *a pena di nullità* che il presidente della Corte d'assise fa tutto questo? No: egli esercita una facoltà, può non esercitarla; similmente *può*, non *deve*, il giurì, risolvere tutte le questioni del fatto in tale stato di cose; non potrebbe ora rispondersi al pubblico Ministero o alla parte civile, come sotto la legge di brumaire, che il fatto è stato esaminato in ogni sua parte, che è stato giudicato, che non è suscettibile di nuove qualificazioni.

Siffatte variazioni processuali avrebbero secondo questa dottrina, portato un profondo cangiamento sulla intelligenza di una disposizione espressa con identiche parole. Tanto l'art. 426 del Codice penale di brumaire, che l'art. 360 del Codice d'istruzione criminale suonano ad un modo, e dichiarano che: *l'accusé acquitté ne peut être repris ni accusé a raison de même fait.* Or bene: giusta il primo articolo, s'intende propriamente *il fatto*, il fatto materiale; giusta il secondo, s'intende *l'accusa*. Questa opinione (che vedremo essere la opinione dominante in Francia) accetta nella dichiarazione del giurì la cosa giudicata e ne professa la completa inviolabilità. Ma in qual limite? Anche qui è d'uopo piuttosto copiare che tradurre « de sorte qu'on ne peut pas, sans violer la chose souverainement jugée en fait par le jury, soumettre l'accusé à une nouvelle poursuite, *à raison du même fait matériel et principal, mais présenté avec une modification quel-*

*conque d'ou résulterait un autre qualification et l'application d'un autre article du Code pénal que celui qui avait été indiqué dans l'acte d'accusation primitif* (a).

434. Domando licenza di trattare con una certa ampiezza questo tema al quale, con ragione io credo, annetto il più grande interesse (b). È necessario che io esamini una decisione della Cassazione francese perchè, *a contrario sensu*, viene invocato da Mangin e dalla sua scuola.

Un Giovanni Diffis era stato tradotto avanti la Corte d'assise per accusa d'omicidio. La dichiarazione dei giurati fu che l'accusato non era colpevole dell'omicidio imputatogli. Il pubblico Ministero aprì un nuovo processo contro l'assolto Diffis. Pretendeva di stabilire avanti il tribunale correzionale che il Diffis era colpevole d'omicidio involontario o colposo (*par imprudence*). Il tribunale rigettò la sua domanda per lo rispetto della cosa giudicata. La Corte di cassazione alla quale il pubblico Ministero ebbe ricorso, nella prima parte della sua sentenza ragionò di questo tenore: che l'accusa di Giovanni Diffis, quale nel *riassunto* dello stesso atto di accusa dimostravasi, era di omicidio volontario (*meurtre* art. 295, Codice penale); che unicamente *su questo fatto così caratterizzato*, la questione era stata posta dal presidente, su questo unicamente avevano risposto i giurati; esser tale questione estranea ad un omicidio involontario commesso senza dolo e per imprudenza, laonde ove non fosse occorsa nella specie una particolare circostanza (c) che appariva dalla dichiarazione dei giurati, la sentenza di assoluzione che ne venne di conseguenza, *avendo dovuto restringersi al fatto contenuto nell'accusa*, non avrebbe potuto coprire il Diffis da un processo ulteriore relativo ad un delitto non compreso nè nell'accusa, nè nella istruzione, nè nella dichiarazione del giurì. — Se non che ritenuto *che sulla questione propostagli, il giurì rispose che il Diffis non era colpevole dell'omicidio* (*meurtre*) commesso sul gendarme M.; che una tale dichiarazione *per la generalità delle sue*

(a) MANGIN, nota 3, pag. 364, *Cassat.* 23, del 1851; MERLIN, *Répert.*, t. XXI pag. 261, LEGRAVEREND, 1, 122, n. 37. Non mi trattengo sulla imprecisione e vaghezza di questa dottrina così appunto come viene enunciata col proposito certamente di esporla colla migliore sua formula. Dovrò parlarne più avanti.

(b) Che viene a dimostrarsi nel § CXVII.

(c) ..... *Sans la circonstance particulière* avec la quelle s'est présentée, dans l'espèce, la declaration du jury .....

*espressioni e pel favore della interpretazione che merita sempre un accusato, deve stimarsi estesa tanto all'atto dell'omicidio in se stesso o sua legittimità che all'assenza della volontà* (a): dopo ciò *resterebbe senza base un processo* qualunque che volesse farsi contro l'accusato, in ragione del fatto *qui a formé l'objet de son accusation.* Con questa singolare e notevole avvertenza termina la decisione che io non so quanto giovi avere invocata (b).

Lungi dal giovare a chi volesse fondare la teoria assoluta che *le même fait est l'accusation*, essa inchiude, come si scorge, una concessione alla opinione opposta, e costringe gli uomini di questa sentenza a modificare la propria teoria, puntellandola di condizioni e distinzioni. Imperocchè nello stato attuale della legislazione e della giurisprudenza, ogni volta che la dichiarazione del giurì e il giudizio della Corte *escludono ogni sorta di delitto* che potesse mai risultare dall'azione incriminata, ogni volta *che tali dichiarazioni, giudizii e sentenze possono essere interpretati nel senso di codesta esclusione*, il Ministero pubblico non può riprendere il processo attribuendo allo stesso reato una qualificazione nuova, supponendo che fosse passata inavvertita. Ma quando al contrario, i *giurati o i giudici del diritto* non hanno statuito che sopra uno dei delitti o dei crimini *que les faits commis par l'accusé pouvaient constituer;* che quando *è certo* che questo o crimine o delitto *è stato il solo realmente giudicato*, l'azione pubblica per farsi render conto degli altri crimini o delitti che da quei fatti possono dedursi, non è venuta meno, nè la massima *non bis in idem*, può farvi contrasto. (MANGIN, *Trait.* n. 409, in fin.).

Una teoria che si presenta a questo modo lascia vedere ad occhio nudo, si direbbe, gli argomenti coi quali può essere combattuta. Tuttavia essa trionfa su tutta la linea malgrado la opposizione,

« Di magnanimi pochi a chi il ver piace ».

## § XCVII. — *Continuazione.*

435. Carnot aveva già avvertito sino dal suo tempo che la vantata differenza fra le due legislazioni dell'anno IV, e del 1810, non

(a) ... Doit être censée porter tant sur le fait *d'homicide en lui même, ou sa légitimité que sur l'absence de volonté*...

(b) V. infra § XCVII.

esisteva (*a*), e si sentiva rispondere che la differenza c'era, evidentissima, immensa (Mangin, *Traité*, n. 409). Son passati molti anni e F. Helie ha ripreso il pensiero di Carnot, rappresentandolo sotto nuove e più belle forme. Il Codice *d'instruct. crimin.* non ha, secondo lui, istaurato un sistema diverso da quello del brumaire; non ha costretto il potere del giurì ai margini dell'accusa. L'art. 374 e l'art. 379 di quel Codice (di brumaire) dettavano sulla posizione delle questioni due distinte regole; distinguevano le questioni che avevano per oggetto la esistenza, la moralità e le circostanze accessorie del fatto incriminato *le quali non cangiavano in verun modo il carattere del delitto;* e quelle che, non menzionate nell'atto d'accusa e sopravenute nel dibattimento, cangiavano il carattere del delitto. Il presidente era tenuto a proporre le prime; riguardo alle altre, non aveva che una facoltà da usarsi secondo le circostanze e come le credesse utili. Presentava le norme l'art. 379 (*b*), ma questo articolo non conteneva sanzione di nullità; sicchè quando pure il presidente avesse trascurato di portare i nuovi risultamenti al giudizio dei giurati, non si sarebbe incorso in veruna nullità. Questo era il sistema del Codice antico.

Fermo nel combattere l'argomento che è la forza e come suol dirsi, il cavallo di battaglia dei contrarii, Helie li chiama a considerare la economia della nuova procedura. Il sistema del precedente Codice non fu che modificato. Avverte ai due ordini di questioni che esistono anche adesso non meno che allora; considera, esservi delle questioni necessarie da non potersi trascurare che a pena di nullità, e sono: *a*) quelle che risultano dall'atto d'accusa; *b*) le circostanze aggravanti emerse dal dibattimento; *c*) i fatti di scusa legale opposti dalla difesa. Le altre questioni, *di mero apprezzamento* del presidente e a lui facoltative, sono quelle che *modificano il carattere del fatto, lo appalesano delittuoso in un rapporto nuovo*, risultante dal dibattimento, non avvisato nell'atto d'accusa. Formano codeste emergenze il sog-

(*a*) Carnot, t. II, all'art. 260; Morin, *Jour. D. crimin.*, t. X.

(*b*) Art. 379. « Les jurés *peuvent* être *interrogés* sur une ou plusieurs circonstances non mentionnées dans l'acte d'accusation, quand même elles changeraient le caractère du délit résultant dn fait qui y est porté. Ainsi, sur l'accusation d'un acte de violence exercé envers une personne, le président peut, d'après le débat, poser la question de savoir si cet acte de violence a été commis à dessein de tuer ».

getto di questioni secondarie che possono essere proposte ai giurati: proposizione che l'esimio scrittore dimostra coll'autorità di più decisioni della Corte suprema (vol. III, p. 603, 604).

Appresso tale dimostrazione, che toglie di mezzo la supposta differenza sostanziale delle due legislazioni, bisogna concludere, dice l'autore, che la sentenza assolutoria da un'accusa intentata protegge l'accusato contro ogni altra ulteriore accusa che avrà per oggetto il medesimo fatto, e che non essendo stata sollevata nel dibattimento, deve intendersi purgata.

A lui sembra avere la mente abbagliata da grave errore coloro i quali asseverano che la differenza massima sta fra *l'obbligo e la facoltà*, fra la nullità e la non nullità (V. sopra § precedente). Conferma che il supposto obbligo non esisteva neppure nei rapporti dell'articolo 379 del precedente Codice; e che non poteva essere perchè è sempre materia di criterio e di apprezzamento, e non può discenderne che una facoltà.

Tornando un tratto sull'art. 360, vede in esso la ripetizione pura e semplice delle espressioni portate dalle legislazioni anteriori a *raison du même fait*. E perchè non dovrebbero avere le stesse parole lo stesso intendimento? Fatto e accusa sono forse cose diverse? Ne toglie argomento anche dagli articoli 230, 246 e 361 (*Cod. instruct. crim.*), onde si prova che *il fatto* è sempre il fatto materiale, e non può avere altro significato.

Osserva inoltre che, secondo la stessa dottrina avversaria, il nuovo giudizio sarebbe senza base sicura, azzardato, ingiustificabile. Si concede che qualora si potesse con un certo fondamento ritenere che i giudici del fatto avessero contemplata l'azione delittuosa sotto l'aspetto col quale si presenta nel nuovo giudizio, ancorchè non ne avessero pronunziato, si troverebbe di fronte l'ostacolo della regiudicata. Ma i giurati, incalza l'opponente, espongono forse i motivi del loro giudicato? Come adunque si potrà conoscere quello che abbiano inteso e voluto? Chi dirà che dichiarando l'accusato non colpevole, proclamandolo innocente, non abbiano avuto in animo di assolverlo da qualunque imputabilità sorgente dal fatto, essi che non possono servirsi che di quella sola formula?

L'autore si sgomenta alla idea di cotali persecuzioni ripetute, incessanti; di questo essere balzato da un giudizio all'altro dopo le dure prove che si sono subite. A coloro che dicono non dover disar-

marsi la giustizia, risponde che la giustizia non si disarma; che gli art. 337, 338, 368 (*Cod. instruct. crim.*) autorizzano il presidente ad ordinare la nuova procedura, se trattasi di fatti veramente nuovi e di reati separati nuovamente risultati dal dibattimento.

436. In sì alti sensi favellava F. Helie, ma la sua voce si perdeva nel deserto. Ho consultata la recente giurisprudenza di Francia e trovo che persiste nell'antico sistema.

Eccone un esempio del 1861 (*arrêt* 1° *août* 1861, DALLOZ, J. G. *Recueil*, an. 1861, pag. 500). T. imputato di delitto di scroccheria commesso mediante giuoco d'azzardo sulla strada pubblica, era stato assolto dal tribunale correzionale. La Corte di cassazione decise che, senza violare la cosa giudicata, si poteva istruire sul medesimo fatto del giuoco tenuto sulla strada pubblica un altro processo, *considerando il giuoco non più come istrumento di fraude, ma come costituente una contravvenzione* prevista dall'articolo... *onde seguita che i due procedimenti hanno per oggetto dei fatti diversi* (a).

Siamo avvertiti da una nota del compilatore che la dottrina, malgrado tutto, è completamente assicurata nelle altre regioni della giurisprudenza. Giova sentire in qual modo si esprime. « *Cette espèce* (quella decisa nella indicata sentenza) présente une application nouvelle de la doctrine de la Cour de cassation *sur la légalité des poursuites successives d'un* MÊME FAIT *susceptible de plusieurs qualifications criminelles*, doctrine que les auteurs ont généralement combattue (b), *mais qu'on doit considérer comme définitivement consacrée par la jurisprudence* (c) ».

(a) « Attendu que la règle *non bis in idem*, consacrée par l'art. précité (360) ne reçoit son application, que lorsque le fait qui est l'objet de la poursuite est le même que celui qu'a déjà motivé une poursuite antérieure. Attendu que, dans l'espèce, la première poursuite avait pour objet des escroqueries qui auraient été commises au moyen d'un jeu de hasard tenu sur le voie publique; que dans le second il s'agit *de même jeu*, non pas comme instrument de fraude, mais comme constituant la contravention prévue par l'artic. 475 C. pen; d'où il suit que les deux poursuites avaient pour objets de faits différents; et qu'ainsi l'article 360 était inapplicable ».

(b) Sfortunatamente non è vero che *generalmente parlando* gli autori l'abbiano combattuta.

(c) Accenna alla nota suddivisione di questo partito, e alla opinione di coloro che convintissimi della bontà del principio quando si tratti di applicarlo ad una dichiarazione di giurati, non lo accettano in materia di sentenze pronunciate dai

437. Porterò un'altra decisione della Corte di cassazione di Francia, pronunciata nel 1864. Essendomi impegnato di esaminare questa pericolosa giurisprudenza, sono costretto a seguirla nelle ultime e non felici sue evoluzioni. Gli oracoli della Cassazione di Francia ottengono tal culto fra noi, che quando sono sì fieramente contrarii al diritto, mi fanno tremare.

G. tradotto alle Assise per reato di attentato al pudore senza violenza sulla persona di tre fanciulle minori di undici anni, assolto, è soggettato di nuovo a processo pel medesimo fatto avanti il tribunale correzionale, *a raison* (lasciamo parlare la decisione) *des mêmes obscenités sur la personne de ces mêmes enfants, qualifiés cette fois de délit d'attentat aux mœurs prévu par l'art. 334, c. p.*

Ma che? Non è lo stesso fatto? Non sono le stesse persone, imputato e parti offese, non sono gli stessi testimonii, non va a riprodursi del tutto, nel secondo, il primo processo?

Fu notata però dalla decisione una variazione nel fatto che richiama la nostra attenzione.

La Corte suprema censurò in parte la sentenza del tribunale correzionale che a lei era stata denunciata. Disse che si trattava in sostanza del medesimo fatto, ed anche della stessa qualificazione giuridica; onde l'art. 360 della procedura era stato senza dubbio violato. « Attendu que ce fait, *outre qu'il restait exactement le même que celui de la première accusation*, constituait, en droit et par lui même, le crime d'attentat à la pudeur sans violence, sur la personne d'enfants de moins d'onze ans, lequel, tout à la fois sortait des attributions de la jurisdiction correctionnelle, *et avait été irrévocablement écarté par l'acquittement antérieur;* qu'en ce point, la nouvelle poursuite contravenait formellement a l'art. 360, en même temps qu'elle s'écartait des règles de la compétence ».

Qui adunque si dichiara trattarsi dello stesso fatto della prima accusa.

Ma tosto si soggiunge che concorrevano altre circostanze attestate dalla sentenza denunciata. « Mais attendu qu'il est réconnu et declaré par l'arrêt dénoncé que dans les mêmes scenes et a diverses réprises

tribunali correzionali *che hanno la missione di esaminare il fatto in tutti i suoi rapporti colle diverse leggi penali*; perciò la loro assoluzione *aurait un caractère exclusif de toute culpabilité*. Osserva per altro il Dalloz che questo sistema non è punto accreditato, e che non ottenne mai il sorriso di una decisione suprema.

**le prévenu s'est mis à nu en présence des trois jeunes filles, par lui réunies pour des actes de lubricité. Attendu que ce fait constitue le délit d'attentat aux mœurs par excitation habituelle de mineurs à la corruption, prévu et puni par l'art. 334, c. p. sans être un attentat** à la pudeur sur la personne des enfants ».

Noi verremo or ora all'esame di questo preteso nuovo elemento di fatto. Ora si deve risalire ai due primi *attendu* dove è enunciata solennemente la teoria. Due cose singolarissime vi si notano: 1° un certo abbandono, poco meditato, io credo, della vecchia teorica che il Dalloz diceva e dice ancora, giurisprudenza sempre vittoriosa, *jurisprudence constante en ces sens* (a); 2° un nuovo e terribile sofisma, più pericoloso ancora del primo.

Il motivo che sembra avvicinarci alla legge e alla ragione è questo: « Attendu en droit qu'aux termes de cet article (360) toute personne acquittée légalement ne peut plus être réprise ni accusé à raison du même fait; *que, pour autoriser une poursuite nouvelle*, IL NE SUFFIT PAS DE DONNER UN AUTRE QUALIFICATION A L'ACTE INCRIMINÉ, QUAND IL RESTE EXACTEMENT LE MÊME; qu'il en est *ainsi, à plus forte raison, lorsque les circonstances empruntées à la première incrimination sont par elles mêmes constitutives et caractéristiques du crime précédemment nié par le jury* ».

Dopo una dottrina di si incontestabile purezza, ecco la parte guasta. Il medesimo fatto! Ma è poi necessario che i fatti delle due imputazioni siano proprio distinti, e veramente diversi? No, non è necessario. *Mais qu'il n'est pas toute fois nécessaire que les faits des deux inculpations soient distincts* DE TOUS POINTS; *qu'une même scène, après avoir été l'objet d'une accusation criminelle et d'un acquittement, peut motiver encore une action correctionnelle, si la nouvelle prévention, bien que reproduisant quelques circonstances de l'accusation primitive, y ajoute des éléments nouveaux qui viennent caracteriser le délit; qu'il n'y a plus identité dans le sens de l'art.* 360.

Esiste adunque ed è inviolabile la cosa giudicata quando si tratta del medesimo fatto, *ed esattamente* del medesimo fatto, nè è lecito

(a) Nota (4) vol. sud. pag. 324. Qui osservo di passaggio che il riassunto della decisione, opera dei compilatori, è inesatto è confuso; ciò avviene di spesso nelle migliori compilazioni.

farlo soggetto di un nuovo giudizio sotto il pretesto di nuova e trascurata qualificazione (*a*).

Donde mai la Cassazione dedusse che la chiara espressione della legge — *le même fait* — poteva modificarsi; donde cavò la distinzione del fatto *esattamente* identico, e non *esattamente* identico; e come insegnò che ci possono esser fatti e incolpazioni non *dissimili in tutti i punti*, e tuttavia poter fornire materia a procedure e giudizii varii e successivi?

Una teoria cotanto vaga ed equivoca, gettata così d'azzardo alla interpretazione dei tribunali, mette ribrezzo. Inoltrandoci nella lettura del motivo, siamo sorpresi di trovare, *che una medesima scena, dopo essere stata oggetto di un'accusa criminale e di una sentenza d'assoluzione, può motivare ancora un'azione correzionale, qualora riproducendo pure alcune circostanze della prima accusa vi aggiunga elementi nuovi atti a caratterizzare un delitto.* Ma primieramente, i giurati e i giudici del diritto ebbero o no sott'occhio il fatto con tutte le sue circostanze? O l'ebbero, essi adunque tutte le compresero nell'assoluzione, e la cosa giudicata è indisputabile. O qualche circostanza, che pure non poteva essere ignorata in un fatto di quella natura, fu taciuta dai querelanti, dai testimonii, trascurata dal pubblico Ministero e dal presidente interrogatore, è forse per questo che può spiegarsi di nuovo l'azione penale, formarsi un nuovo processo, aprirsi un nuovo giudizio contro un accusato protetto da nna sentenza assolutoria che non contenendo i motivi è quindi generale e complessiva del soggetto d'accusa? Supponiamo che in questo secondo processo qualche altra circostanza fosse stata omessa e venisse di poi rammentata, sarà lecito istituire un terzo processo e così di seguito? Ci si parla di giudizio correzionale dopo quello della Corte d'assise, forse per attenuare l'enormezza di un tale sistema, ma perchè non potrebb'essere un altro giudizio di Corte d'assise? Tizio è accusato di furto qualificato per tempo e per luogo e viene assolto, o non viene condannato che per furto semplice. Ebbene si ha fondamento per ritenere che il furto sia qualificato *per la persona;* ecco una circostanza nuova, e si torna a procedere pel medesimo furto. Caio è accusato di omicidio con qualità di prodizione, viene assolto. Ma ag-

(*a*) Benchè la Cassazione francese abbia sempre detto il contrario e sia pronta a dirlo, io credo, alla prima occasione.

giungonsi *des éléments nouveaux qui viennent a caracteriser le délit;* si mostra invece che l'omicidio fu *per agguato*, e si ripete l'accusa, si ripete il processo. È possibile tutto questo? Un tale sistema di vessazioni non potrebb'anche essere condotto ad arte? E se vi fu negligenza dal lato dell'accusa, quale colpa potrebbe farsene all'accusato per trascinarlo di nuovo, e poi di nuovo ancora, negli affanni e nelle angosce di sempre rinascenti giudizii?

## § XCVIII. — *Continuazione.*
## *Legislazione italiana. Teoria dei fatti nuovi.*

438. Dotto di codeste deplorabili controversie che noi ereditiamo così di frequente appropriandoci i dettati della legislazione francese, il legislatore italiano avrebbe fatto opera egregia, mettendo là, come suol fare, qualcuna di quelle parole che portano una luce subitanea e valgono un sistema. Nondimeno sembra che i suoi intendimenti siano abbastanza dimostrati dal complesso e dall'accordo delle disposizioni.

Nell'art. 504 ora 518 (Cod. proc. pen.) (*a*), fu stanziato il principio del *non bis in idem* e della cosa giudicata. *Al medesimo fatto* pel quale l'assolto non può essere nè sottoposto a processo, nè accusato, si accostano *i fatti nuovi che nel corso del dibattimento siano risultati a carico dell'accusato o per documenti o per deposizioni di testimonii, non indicati nell'atto d'accusa* (art. 505 ora 519).

Ammessa la risultanza e la sussistenza di *fatti nuovi*, la legge fa l'alternativa ipotesi della condanna e dell'assoluzione. Il fatto dell'accusa merita condanna. Allora se la nuova imputazione *non importa aumento di pena relativamente a quella stabilita pel reato in corso* (*b*), *nè applicazione di una pena di genere superiore* (*c*), *nè l'aggiunta di una delle pene prevedute nell'art.* 111 *del Codice penale*, la Corte pronuncia la pena dovuta al già discusso reato. *Se ci sono complici* (*d*),

(*a*) V. sopra § XCIV.

(*b*) Un caso è nell'art. 108 del Codice penale. « Nel concorso di due o più crimini, ciascuno dei quali importi la pena di venti anni di lavori forzati, sarà questa applicabile coll'aumento da cinque a dieci ».

(*c*) Esempio nell'art. 109 del suddetto Codice.

(*d*) O correi, e coautori, partecipanti.

*ordinerà che contro essi si proceda*, salvo alla parte lesa il diritto di agire contro il condannato (a) in via civile pel risarcimento dei danni (art. 506 ora 520).

E *se i nuovi fatti* fanno aumentare la pena stabilita pei primi, o danno luogo all'applicazione di una pena di genere superiore, *si soprasederà dall'esecuzione della sentenza sintantochè siasi stabilito circa la nuova imputazione* (art. 505 alin. 519).

Non è detto che la Corte si asterrà dall'emettere pronuncia sul fatto nuovo, ma è sottinteso; imperocchè non resterebbe più nulla a dire nè a fare nel nuovo giudizio. Oltre di ciò si ordina la sospensione dell'esecuzione della sentenza, onde coordinarne gli effetti con quella che sarà per pronunciarsi.

La ragione di codesta disposizione è chiara. Nel primo caso l'imputato non soffre un vero gravame da una condanna che non gli arreca accrescimento di pena (b). E allora perchè un secondo giudizio? Il contrario avviene nell'altro caso.

E nella ipotesi che l'accusato sia per riportare assoluzione dal primo reato, la Corte ordina che si proceda pel nuovo reato se è di sua competenza; altrimenti rimette la causa al giudice competente.

Nelle cause correzionali non è disposto sull'emergenza *del fatto nuovo*, ma è palese che il giudizio dovrà corrispondere all'atto di citazione che deve contenere « l'enunciazione sommaria del fatto imputato e l'indicazione dell'articolo di legge di cui si chiede l'applicazione » (art. 365).

Se il fatto risultante dall'atto di accusa, dalla sentenza della sezione d'accusa, e trattato nel dibattimento, apparisce suscettibile di qualificazioni varie e diverse, la nostra legislazione intende forse a considerare la nuova qualificazione *come un fatto nuovo*, all'effetto di applicare le accennate disposizioni; e quindi potrà ragionevolmente statuirsi una giurisprudenza che arieggi e imiti la giurisprudenza francese narrata nei precedenti capitoli ed alla quale noi ci mostriamo di tutto cuore e risolutamente avversi?

439. Qui occorre anche una volta definire e distinguer le cose.

Altro è il considerare il reato portato direttamente e nominata-

(a) Poichè si pronuncia in tal caso *sul fatto nuovo*, dichiarando la reità dell'accusato.

(b) Se il primo reato importa la pena dei lavori forzati a vita, qualunque altro reato non vale ad aumentarla (art. 107 del Codice penale).

mente al giudizio in un aspetto soggettivo ed altro è nell'aspetto oggettivo. Questo, secondo quello che superiormente si disse, è il primo esame.

Noi abbiamo un fatto giuridico il cui risultato è un omicidio. Le qualità attribuite a codesto omicidio sono la premeditazione e l'agguato. L'accusato è assolto. Una qualificazione diversa dello stesso fatto, in quanto sia omicidio involontario e commesso per imprudenza, non è un fatto nuovo. L'aspetto sotto cui si verrebbe così osservando, sarebbe intenzionale e soggettivo; è ciò che noi respingiamo, sostenendo che *tutta la intenzione* dell'accusato, ogni sua tendenza, ed ogni suo scopo in quel fatto delittuoso, è stato giudicato (*a*).

La nostra legge ha ripetuta con troppa costanza e insistenza quella sua rimarchevole espressione *dei fatti nuovi* per ritenere che si tratti della modificazione del medesimo fatto. Ma abbiamo un argomento potentissimo, un argomento senza replica. Secondo le dottrine francesi, lo stesso fatto potendo generare più reati, può esser veduto sotto varii aspetti (V. § XCV) ma la base è sempre identica, è sempre quel fatto giuridico, e giusta quei concetti, il reato è alternativo non multiforme perchè allora sarebbero realmente reati diversi, come or ora diremo (*b*). Ma la nostra legge preoccupandosi direttamente e specialmente dell'effetto penale che il *fatto nuovo* (detto anche reato) potrebbe produrre, pone per indubitato, che multipli sono i reati, molteplici e distinte le pene; laonde è fermissimo che non è già il primo reato, che cangiando il punto di vista apparisca affatto nuovo e reato nuovo; ma è veramente un secondo o un terzo reato che va ad aggiungersi al primo.

Insomma la formola, *l'accusato non è colpevole*, tutto comprende quanto al reato portato al giudizio; è definitiva e finale. Io accetto tutti gli argomenti di F. Helie, mi unisco a lui e al Carnot, e combatto con essi la contraria giurisprudenza che domina in Francia; la combatto in Italia, perchè sono convinto che colla nostra legge non sarebbe possibile, e dapertutto, in nome della civiltà giudiziaria e

(*a*) Pescatore. *Sposizione della procedura civile e criminale*, vol. I, pag. 174.

(*b*) Non è omicidio con animo di uccidere? Ebbene può essere omicidio colposo. Non è un attentato al pudore? Ebbene sarà un eccitamento alla prostituzione. Non si voleva la morte della persona propinandole il veleno? Si sarà tentato un aborto. (Sono gli esempii di Mangin già altrove riferiti).

della umanità che non permettono di torturare gli imputati con giudizii senza necessità moltiplici e ripetuti; di fare ad essi carico se il tecnicismo non ha saputo trovare gli espedienti necessarii per esaurire in un giudizio tutto il poligono di un reato; di celare in certo modo la insidia sotto la formula incondizionata di una sentenza assolutoria (*a*).

440. Con questo non rigettiamo il principio *della pluralità di reati emergenti da azione unica;* e in generale formuliamo in questi termini *la teoria del fatto nuovo:*

1° Vi è fatto nuovo quando il dibattimento scopre fatti di carattere delittuoso affatto estranei al giudizio in corso: rivelazioni inaspettate. Mentre si discute sulla falsificazione di un testamento, si manifestano i semi di un reato anche maggiore: indizii per ritenere che il falsario propinò il veleno al defunto.

2° Vi è fatto nuovo quando trattandosi di un'azione delittuosa apparisce che un'azione congenere è stata commessa, senza per altro un rapporto necessario con quelle che si dibatte. Colui che nella mattina corrissò con Caio e lo ferì, nella sera per la stessa causa corrissò con Tizio suo fratello e ferì lui pure.

3° Vi è fatto nuovo quando un'azione intrinsecamente mala e delittuosa, oltre quel reato intorno al quale si aggira l'atto d'accusa, ne generò un secondo, *oggettivamente diverso.* Si è dato fuoco ad una casa e si è abbruciata. Per questo titolo si è proceduto. Si scopre nel dibattimento che tre miseri fanciulli nascosti in un granaio, perirono vittime dell'incendio.

441. Si sente una certa difficoltà nel determinare la pluralità oggettiva quando il fatto nuovo si presenta piuttosto come *mezzo* del reato principalmente posto. La legge, come altrove indicai, considera il caso del reato-mezzo, e sommette questa combinazione alla regola *della connessità.* Evidentemente è un concetto unitario, benchè diretto più alla logica delle competenze che alla logica dei giudizii. Il *reato-mezzo* può essere stato lasciato nell'ombra dall'atto d'accusa; ma in due modi può essere stato lasciato nell'ombra, o perchè l'atto d'accusa non espresse con sufficiente chiarezza, o non espresse speci-

(*a*) La giurisprudenza del Codice di procedura penale è ancor giovine; non ho potuto trovare in essa esempi abbastanza notevoli per determinare praticamente questo punto di questione; ma il non averli trovati è già argomento che la idea francese non ha avnto seguito fra noi. Non mancano invece decisioni che resero ottimi giudizii sulla *teoria dei fatti nuovi.*

ficamente il mezzo, avvegnachè la storia ivi narrata porga manifesti indizii dell'allegata esistenza di quel mezzo o di un mezzo consimile (a). Ovvero l'atto d'accusa narrando il reato contro il quale l'azione penale è intentata, non menziona nè fa travedere il mezzo delittuoso che viene poi in luce nel dibattimento.

La legge ha voluto che l'accusato di un reato non sia sorpreso nel calore di un dibattimento dall'assalto inopinato di un altro reato contro il quale non potè preparare le sue giustificazioni e le sue difese. Perchè la verità non sia vinta dalla forma, il criterio sarà, quanta e quale notizia abbia l'accusato avuto o potuto averne dal libello d'accusa; qualunque siano le parole, e in qualunque parte dell'atto d'accusa risultino. Ma se l'atto d'accusa tace e pare non conosca bene la storia dell'avvenimento mentre il dibattimento porta che il reato obbiettato è stato preceduto da un altro che valse ad agevolarlo e consumarlo, un vero mezzo che peraltro ignorò o dissimulò l'accusa, qual è il metodo in simili casi tracciato dalla ragione?

Cercando nella ragione appunto le nostre guide, noi vediamo predominare, in quest'ordine d'idee, il principio della libertà individuale che modificato dal principio della libertà giuridica, dev'essere tenuto in gran conto onde non si accrescano le gravose condizioni di un imputato, e quindi: *a*) non si cumulino sul capo suo, *citra necessitatem*, più giudizii criminali successivi prolungando la tortura del suo stato di accusato; *b*) non si restringano e si concentrino con avara economia i giudizii sino a mettere in pericolo, per amore del presto, i sacri diritti della difesa. In questa specie di dualismo si abbatte di frequente la legge dei giudizii penali che sollecita di proteggere i diritti degli accusati, può nel poco e nel troppo ferirli ugualmente; sollecita di proteggere i diritti della giustizia, deve saper temperare la velleità, le querimonie, le incontentabilità degli accusati.

Se il reato che servì di mezzo, non annunciato in veruna guisa nell'atto d'accusa, secondo la proposta ipotesi, è per così dire famulativo al reato principale e insieme non è di una entità di lunga superiore a quello a cui serve di mezzo, io penso che il reato non possa

(a) Per arrivare a commettere un furto, si è cominciato da una falsità. Si portò ad un banchiere una falsa credenziale e una falsa raccomandazione di un suo amico. Con questo mezzo T. si rese famigliare della sua abitazione per eseguire poco stante un grossissimo furto.

estimarsi *fatto nuovo*, ma piuttosto parte ed atto elementare e concorsivo di quello che è oggetto dell'accusa.

Che intendo per famulativo al reato principale o finale? Intendo che il mezzo non sia punto straordinario, applicato a quella tale qualità e natura di delitti ma anzi soglia comunemente usarsi: così non è straordinario che all'esercizio delle trufferie, degli scrocchi, e delle bancarotte, si associ quello della falsità. Ora se alla semplice storia narrata dall'atto d'accusa, da cui però si rileva che non senza intrighi ed artificii l'accusato consumò il reato; se a quella storia dimostrazioni più evidenti accresca il dibattimento provando che ci fu di mezzo anche il falso, sarà *un fatto nuovo*, o con altra frase, un *reato nuovo* nel senso delle leggi sopra indicate? Io non sarei di questo parere.

442. Ma se il reato che valse di mezzo, che non fu indicato nell'atto d'accusa, che fu svelato nel dibattimento, è di una gravità ben maggiore di quello che venne espressamente proposto al giudizio; se è venuto a risultare che non solo l'accusato rubò al viandante la borsa dei danari, ma che avendo incontrata resistenza lo uccise e gettò il cadavere nel fiume, non sarà questo un *fatto nuovo?* La differenza che io pongo fra i mezzi delittuosi proporzionati e in certo modo correlativi al delitto principale, e fra quelli che ne sorpassano grandemente la misura e sono straordinarii, è fondata nel reale bisogno che ha l'imputato di preparare e svolgere con maggior ampiezza le sue difese, quanto è più grave il reato, e quanto meno si proporziona e si assimila, per così esprimermi, col reato dell'accusa.

443. Non sarà tuttavia il caso dell'applicazione dei citati art. 505, 506 e 507 che suppone l'accusa di un solo reato, e la provata esistenza di più reati, e la facoltà di separatamente giudicarne. La *connessità* essendo quivi decretata dalla legge, non resta che sospendere il giudizio per ricominciare una procedura formale sul nuovo reato.

È da ritenersi che in siffatti giudizii molto possa l'esame dei fatti e delle circostanze e sia, almeno in buon dato, nei giudici del merito facoltà di apprezzamento.

Il sistema di questa maniera è più razionale e più giusto, ed ha il vantaggio di tor via le sottigliezze perdonabili alla difesa ma non compatibili colla giustizia. Rivendicando alla espressione della legge (*a*) il senso naturale, si è aperta la via all'esame dei principii, tanto sono importanti quelle che si chiamano questioni di parole.

(*a*) *Il medesimo fatto...*

## § XCIX. — *Della cosa giudicata condizionale per sentenza della sezione d'accusa.*

444. L'art. 433 (ora 445) pone l'imputato al coperto da ulteriori procedimenti sotto la protezione della stessa formula. Ivi è detto: « L'imputato riguardo al quale la sezione d'accusa avrà dichiarato che non vi è luogo a rimandarlo avanti la Corte, non *potrà più essere tradotto in giudizio pel medesimo fatto, a meno che non sopravvengano nuove prove a suo carico* ».

Vi è cosa giudicata ma condizionale.

È da opporsi questa disposizione a quelli che credono esistere delle sentenze assolutorie definitivo-condizionali contro il quale sistema abbiamo protestato in qualche altro luogo. Il processo definitivo non si ripete mai, è il precetto del *non bis in idem* in tutto il suo rigore, in tutta la sua potente e salutare efficacia. Ma invece si ritorna sulla sentenza della sezione d'accusa pel medesimo fatto sostenuto da nuove prove a carico (*a*).

È il miglior costrutto che si possa cavare da questo breve capitolo.

445. Tuttavia possono fissarsi alcune regole tecniche.

1° La *novità* non è che un rapporto di tempo ragguagliato alla cognizione della Corte. È nuovo ciò che non si era potuto prima esaminare perchè non sottoposto al suo esame (*b*).

2° Nella voce *prove* si contiene tutto che è atto a dimostrare una cosa che non si conosce e si vuol conoscere. Anche *gl'indizii* per conseguenza appartengono alla famiglia delle prove.

446. Ma perchè la legge non ha parlato d'indizii? Perchè non doveva parlarne. *Prova* esprime la pienezza del concetto; *l'indizio* può valere una prova ma non sempre vale. Si sarebbe fatto male usando

(*a*) La legge dichiara quali sono le nuove prove: « Sono considerate nuove prove le dichiarazioni di testimonii; i documenti e verbali che *non hanno potuto essere sottoposti all'esame della sezione d'accusa*, e sono atti sia ad avvalorare la prove che la stessa sezione d'accusa avesse trovate insufficienti, sia a somministrare nuovi lumi alla scoperta della verità. Art. 445 alin. Esso corrisponde precisamente all'art. 247 del Codice d'istruzione francese.

(*b*) Il *fatto nuovo*, secondo le teorie, sopra discorse, è ciò che esiste indipendente; ed esistendo indipendente non fu proposto formalmente al giudizio come reato.

qui la parola *indizii*. La espressione così indebolita poteva tornar pericolosa (*a*). In effetto la legge richiede una prova notevole, una prova di un certo valore. Gl'indizii insieme aggruppati e combinati, o anche un solo di carattere decisivo (*b*), possono colpire per la loro importanza; ma allora sono *prove*. E non si potrebbe ordinare la continuazione della procedura sopra indizii che non avessero il valore di prova (*c*).

È anche verissimo che nell'articolo *prove* si usano nel senso principalmente della manifestazione, ossia del loro stato estrinseco, quindi occorrono *le prove degl'indizii*, in deposizioni testimoniali, verbali, ecc.

3° Le nuove prove a carico sono esperimentate in una istruzione riassunta colle norme prescritte (art. 434, 435). Tutto questo avviene senza ingerenza della sezione d'accusa e poco importa da qual parte cominci questo movimento, e qual mano ci porga la scala per fare la salita. Chiunque porta avanti sè il lume della verità, è il ben venuto: al pubblico Ministero è una missione che si addice perfettamente (*d*). Alla sezione d'accusa spetta la risoluzione decisiva.

(*a*) Perchè si sarebbe potuto credere, bastare anche prove circostanziali isolate.

(*b*) Mentre si discute se T. sia o no l'autore dell'omicidio, si trovano in un nascondiglio insanguinate le vesti che portava nella sera del delitto.

Parlando *della prova circostanziale* e della sua efficacia nei giudizii, Mittermaier avvisando *alla catena dei fatti e di circostanze che contornano il reato di cui si va in traccia* dice, con inconsueta vivacità. « Sono come muti testimonii che la Provvidenza (così osiam credere) rannoda col reato stesso affinchè, di mezzo all'ombre in cui il malizioso malfattore lo aveva celato sorga un raggio di luce che illumini l'animo del giudice, e gli mostri le tracce, seguendo le quali può giungere alla scoperta del misfatto ». Traduz. di Ambrosoli. *Teoria della Prova*, parte VII.

Il pensiero e pressochè le parole sono di Bentham richiamato in quel passo di Mittermaier.

(*c*) « Troviamo, ha detto esattamente il Ginriati annotando l'art. 433 (proced. pen. del 59) che la volontà del legislatore sia chiara nel senso che non si abbia a tradurre nuovamente in giudizio chi si trova in simili circostanze senza un corredo di documenti i quali rendano verisimile una sentenza diversa dalla prima ».

(*d*) Questa osservazione risponde al buon Carnot che avrebbe amato che le *nouvelles charges* non fossero in certo modo provocati dalla sollecitudine e dalla insistenza del pubblico Ministero, onde non fosse quasi a dire in sua balìa il rinnovare forzatamente, e a libito, la procedura che colla ordinanza della sezione *è stata chiusa*. Quest'ultima proposizione è un errore; il voto precedente una, mi si permetta il dirlo, diffidenza francese. La procedura non è chiusa colla ordi-

4° La sentenza di *non farsi luogo* può essere fondata in una ragione perentoria di diritto per esempio nella prescrizione, e allora è definitiva e immutabile.

5° La sentenza della sezione d'accusa che dichiara non iscorgersi nel fatto *traccia alcuna di crimine delitto e contravvenzione, preveduti dalla legge* (art. 424), può anch'essere condizionale.

447. Dipenderà, io credo, dai motivi che mostreranno quale fosse la mente dei giudici ove dal dispositivo non si rilevi.

Il fatto potrebbe essere apparso ai quei giudici sufficientemente stabilito, ma il fatto secondo essi non è delittuoso, non è imputabile. La questione è decisa (*a*).

Ma forse il rapporto del fatto col delitto, o l'animo di delinquere nell'imputato non risultano, e non danno alla Corte di affermare l'accusa, perchè il fatto è incompleto e lascia desiderare non poche nozioni che mancano : sebbene è cosa evidente ed ammessa che lo imputato è l'autore materiale del fatto. Pertanto, allo stato delle cose, non è punto stabilito come si deve, sufficientemente, *o che il fatto sia per se stesso imputabile, o che l'autore del fatto lo sia.* Una sentenza della sezione d'accusa con tali caratteri, che conchiude semplicemente, *non esser luogo di rinviare l'accusato alla Corte* è contenuta nella disposizione dell'art. 433 (ora 445).

Ecco un esempio della prima specie. Si sono tenute da persone conosciute, adunanze che cadono in sospetto di cospirazioni contro lo Stato (art. 158 Cod. penale). C'è della oscurità, della contraddizione nelle prove raccolte intorno alla materia di quelle adunanze, non si è potuto veder chiaro ; è stato ordinato non farsi luogo al rinvio.

Esempio della seconda specie. Le adunanze hanno uno scopo distinto di cospirazione ; Tizio è stato compreso nell'accusa. Ma sebbene risulti il suo intervento in qualcuna di quelle congreghe, non si scorge

nanza *de non lieu* della Camera d'accusa, almeno in modo che non si possa più aprire. Il pubblico Ministero, visto sotto l'aspetto di un nemico e di un persecutore, potrebbe, ne convengo, ispirare un certo sospetto non so se d'intrigo per continuare in qualche modo la guerra contro l'imputato per un momento sfuggito al suo artiglio. Codeste viste meschine quanto impiccioliscono il concetto della giustizia e de' suoi ministri!

(*a*) Se alcuno essendo imputato di usurpazione d'acque, di guasti in fabbricati, di documenti sotterrati, ecc., il fatto mostri che l'imputato ha agito regolarmente e perciò si dichiara non farsi luogo a procedere.

però ch'egli intervenisse in quelle in cui l'affare fu trattato espressamente; non si hanno sufficienti indizii nè della sua cooperazione nè della sua scienza.

Nel primo caso le nuove prove porranno in luce principalmente lo scopo delle adunanze; daranno al fatto il carattere criminoso che ora non si ravvisa; nel secondo, chiariranno la colpabilità dell'accusato.

Queste due ipotesi rappresentano tutta la importanza dell'art. 433.

448. Non è difficile mettere in armonia questa dottrina con quella stabilita in ordine alla cosa giudicata, risultante da sentenza definitiva: materia dei precedenti capitoli.

La sentenza della Sezione d'accusa è definitiva: 1° quando dichiara la esistenza del reato e rimette la causa al tribunale competente pel giudizio relativo; 2° quando respinge la domanda del pubblico Ministero, attesochè il fatto non presenta per sua natura i caratteri del reato; 3° quando dichiara che il diritto dell'azione è prescritto o in altro modo estinto (art. 505) (ora 518).

È condizionale negli altri casi sopra espressi.

La legge trovò odiosa la ripetizione dell'accusa *sul medesimo fatto;* come rigettò il *bis in idem* dei giudizii formali e delle sentenze definitive. La riserva che fece nell'art. 433, è la prova del rispetto in cui tiene quel principio, garante della libertà individuale, fin dov'è consentito da considerazioni di maggior interesse.

È questo un canone fondamentale di libertà giuridica.

Dopo una sentenza finale, preceduta dall'apparato del giudizio e dallo svolgimento di tutti i mezzi di prova, dopo riportata l'assoluzione, è ripugnante che l'imputato debba ascendere il calvario colla sua croce sulle spalle, una seconda o una terza volta o perchè è sfuggita ai suoi accusatori una metafisica distinzione che ha saputo di poi scoprire un altro lato delittuoso nell'azione di cui ha già reso conto; o perchè in tanta ampiezza di discussione non si appresero tutte le prove che militavano contro di lui, e delle altre si pescarono di poi fra gente nemica con un proposito più di vendetta che di giustizia.

Sebbene la Sezione d'accusa sia un magistrato collocato sulla soglia del giudizio, a guardia, per così dire, del suo ingresso, e non abbia il sussidio di tutti quei lumi che offre una discussione formale, non le è però lecito ingannarsi in diritto a danno dell'imputato che liberò dall'accusa con titolo di diritto. Soltanto le sue decisioni sono risolu-

bili per forza di nuove prove; e ciò è sommamente ragionevole e giusto, perchè il processo non era completo, e la giustizia non aveva esauriti tutti i suoi mezzi per trovare una verità che sembrò sfuggirle alla prima ricerca.

## § C. — *Dell'autorità del giudicato penale sulla questione dei danni-interessi.*

### OPINIONI DIVISE.

(MANGIN, *Compendio*, n. 188).

449. Chi esamina questa materia e giunge a questo punto, non può esimersi dal visitare una controversia che vive della fama dei suoi autori più ancora che delle sue proprie ragioni, quantunque riassumendo alcuni principii che non sono senza interesse per la scienza, possa occupare con diletto la mente, e non riuscire inutile, malgrado la sua notorietà.

Sostenne il Merlin che il giudicato penale ha piena autorità nel giudizio civile pei danni-interessi derivanti da reato, anche quando il danneggiato non fosse intervenuto nel giudizio penale, fermando la sua proposizione generale in questo, che il giudicato penale e il giudicato civile esercitano l'uno sull'altro una reciproca influenza, decidendosi con quello *una vera questione pregiudiziale*. Toullier combatte questo sistema, appoggiandosi alle regole elementari della cosa giudicata che richieggono la triplice identità; dell'oggetto, della *res petita* e delle parti, e mostra che niuna si verifica. Non la identità dell'oggetto, perchè l'uno è la riparazione civile e l'altro la pena; non la identità della cosa domandata che da un lato non è che d'interesse privato, quindi dall'altro riguarda l'interesse pubblico; non la identità delle parti se il dannaggiato non intervenne nel giudizio penale. Merlin, rispondendo, osserva che non manca identità di oggetto, poichè, o si tratta della influenza della cosa giudicata penale, o rispettivamente del giudicato civile, l'oggetto è uniforme: è una questione pregiudiziale. Deve poi ritenersi la identità delle parti. La parte danneggiata è rappresentata; è rappresentata dal pubblico Ministero, *che agisce in nome della società a rischio, pericolo e vantaggio di tutti gl'interessati* (a).

(a) MERLIN, *Qu. v° faux* § 6; TOULLIER, t. VIII, n. 30, ecc. t. X, n. 240 e seg.

450. La questione divide le più alte capacità della scienza; con Merlin, vanno inoltre Mangin, il Nicolini, e da ultimo il Pisanelli (a), con Toullier, l'Agresti e F. Helie. Non passerò in rivista i singoli argomenti, e non mi occuperò che degli scrittori più recenti.

Sentiamo l'opposizione di Helie, mente elevata e avvezza a ragionare coi principii.

Si ammette, ed è fuori di controversia, che colui che si costituì *parte civile* deve subire la sorte del giudizio penale, favorevole o contraria alle sue viste, sia di assoluzione o di condanna. Egli si sottomise a quella condizione di cose, e il giudizio è per lui come contradditorio.

Ma *le criminel emporte le civil*, eziandio non presente al giudizio penale la parte civile; questa è la tesi di Merlin.

F. Helie non si persuade del primo argomento di Merlin tratto dall'art. 3 del Codice d'istruzione. Niun dubbio che il giudizio penale è sospensivo del civile; ma non deve inferirsene che la giurisdizione civile sia perciò spogliata della sua naturale facoltà di giudicare la istanza civile dei danni-interessi (b). Anzi essa ne rimane sempre in possesso. È una semplice sospensione, o non le è sottratta parte alcuna della sua facoltà; soltanto la giurisdizione penale è investita di quella cognizione del reato che è inapprezzabile dalla competenza civile per l'effetto della pena.

Quanto alle tre identità che il Toullier tenta di ristabilire, dice che le sue ragioni sono troppo sottili per esser giuste.

Scartata la identità di oggetto, evidentemente diverso, viene a quella delle parti.

Ma è proprio vera questa vantata rappresentanza di tutti gl'interessati, a tutto loro rischio, pericolo e vantaggio, che in sè concentra il pubblico Ministero come agente della società in generale? Sussiste in realtà che il pubblico Ministero abbia un mandato della parte lesa per far dichiarare nel fatto criminoso la causa dei danni-interessi che

(a) Commentario al Codice di proced. civile Sardo, vol. I, p. I, n. XXVI e seg. Del resto può vedersi in Dalloz che altri scrittori di minor fama, e decisioni di tribunali fanno cadere la bilancia dell'autorità a favore della sentenza di Merlin.

(b) Posto sempre in ipotesi che la istanza di danni-interessi, sia stata in origine presentata al giudice civile non al penale, secondo la facoltà attribuita dalla legge; essendochè nel secondo caso si sarebbe accettata la giurisdizione penale anche a questo effetto.

essa reclama? Potrà essere un effetto, non si nega; ma scopo non è certamente del pubblico Ministero che non se ne occupa; ed è un mandato ch'egli non sa di avere.

Alla vaghezza del sistema di Merlin, si aggiunge secondo Helie, la ingiustizia e la contraddizione. Se l'accusato è condannato, la condanna dei danni-interessi è una conseguenza. Con che la giurisdizione civile è legata; il condannato non può discutere avanti di lei nè della reità, nè della pretesa contraria dei danni-interessi che è forse ingiusta, malgrado la condanna. Per converso, se il prevenuto è assolto, non è punto liberato dall'azione dei danni-interessi; egli deve sostenere una nuova lotta in civile. Ma dunque non vi è reciprocità; il prevenuto ha sempre la peggio; condannato pel reato, lo è anche per le riparazioni civili; assolto, la sua assoluzione per questo capo non gli giova punto.

Il timore di contraddizione fra i due giudicati è per lo meno esagerato. Il giudice civile non proclamerà facilmente la innocenza di un condannato. E ci fosse pure talvolta un diverso modo di vedere, non è poi un gran male. Sono esempii che ci capitano nel vario agitarsi dei giudizii, e la opinione non se ne piglia gran fatto. Egli è che due grandi principii debbono sopra ogni cosa osservarsi: 1° il principio della cosa giudicata i cui requisiti qui non esistono; 2° il principio della indipendenza e libertà delle giurisdizioni nella rispettiva loro sfera d'azione (a).

L'illustre Pisanelli nel suo bellissimo trattato sulla competenza (b), tenendo le parti contrarie, ha un suo sistema particolare.

451. Egli va a trovare più alto un principio non avvertito dagli altri scrittori. « Ogni giudizio, egli dice, implica una questione essenziale di stato; la quale non consiste, come comunemente si crede, esclusivamente nelle questioni di famiglia e di cittadinanza. Lo stato è una qualità alla quale sono inerenti dei diritti e delle obbligazioni: tali sono anche le qualità di commerciante, di locatore, di conduttore, ecc. Similmente *la qualità d'imputato, di accusato, di reo produce obbligazioni e diritti* » (Dissertaz. del Capitelli citato dall'autore). Laonde volendosi sapere se alcuno debba sottostare ad una pena e se

(a) F. Helie, *De l'instruct. crim.*, vol. III, § 2020. L'Agresti osservò che l'azione civile non era stata nè intentata nè proseguita; quindi non v'è pronunzia nè giudicato.

(b) Opera e luogo citato.

abbia il debito del risarcimento, sarà mestieri innanzi tutto chiarire s'egli sia *reo*, cioè se nello *stato* di lui e nella *sua persona civile* si trovi quella tale *qualità* su cui la legge adagia la soggezione alla pena e al risarcimento. Il che importa che alle azioni che procedono da reato entra innanzi una questione pregiudiziale *sulla qualità di reo* da cui entrambe quelle azioni provengono (Pisanelli, ivi n. XXVII).

La questione è pregiudiziale perchè è questione di stato; questa è la causa, quella l'effetto: in ciò sembrami consistere il sistema dell'illustre autore. Merlin, spiegando la sospensione della causa civile colla semplice ragione che *l'azione pubblica è pregiudiziale* « scambiò come hanno fatto di poi tutti gli altri scrittori francesi, l'azione principale con la questione pregiudiziale, l'effetto colla causa » (n. XXIX). Peggio è ancora il dire che la precedenza data all'azion penale è un privilegio. A tutta risposta basta il ricordare che qualche volta « la stessa questione pregiudiziale sulla qualità di reo dipende anch'essa da un'altra questione affatto civile. Così, se alcuno sia accusato di violazione di deposito, di bigamia, di guasti e danni ch'egli dica commessi nella sua proprietà, di soppressione di stato, innanzi di giudicare della reità, è mestieri ricercare se l'accusato era *depositario*, se prima di prender moglie era già egli *marito*; se sia *proprietario* dei poderi danneggiati; quale fosse il vero *stato* del querelante; e talvolta alcuna di codeste questioni vuol essere definita dal giudice civile » (V. n. XXIX in fin.). Soltanto era d'uopo ovviare al doppio giudizio per le contraddizioni e altri inconvenienti che erano per nascerne. Perciò una sola giurisdizione doveva occuparsi a definire la questione pregiudiziale; ed essendo quella di reità, penale, si doveva attribuire al giudice penale.

Da queste idee fondamentali l'autore deduce la sua risposta al sistema di Toullier « non potendo esser dubbio che la condanna riportata nel giudizio penale costituisca un titolo efficace del debito del condannato pei danni-interessi; e che la sua assoluzione contenga ad un tempo la dichiarazione ch'egli non sia tenuto al risarcimento » (n. XXXVI). « E siccome, discorre un po' più sotto, *la detta questione pregiudiziale cadendo sopra una qualità politica quale è appunto quella di reo*, da cui derivano diritti di pertinenza della intera società rappresentata dal pubblico Ministero, si discute nell'interesse di tutti i socii, così poco monta se l'offeso intervenga o pur no nel giudizio penale. Attribuita all'accusato *la qualità di reo*, essa è fermata

rispetto a tutti, e dichiarato immune da quella qualità, siffatta dichiarazione è efficace contro tutti i socii, e perciò anche contro l'offeso » (n. suddetto) (a).

## § CI. — *Continuazione.*

### OPINIONE DELL'AUTORE.

452. La soluzione di questo problema bisogna trovarla nella legge e nella semplicità ed evidenza dei suoi motivi di utilità, abbandonando i troppo alti concetti e le astrazioni.

La conclusione buona è quella che sostiene Merlin e la sua scuola. La conclusione peraltro potrebb'esser buona senz'aver ragione, ossia senza aver esposte le vere ragioni.

453. La questione si è impegnata sul terreno della regiudicata; male secondo me, ed io penso che su questo terreno il Merlin meritava di esser battuto.

Dove mai ritrovò i requisiti della cosa giudicata? L'oggetto è certamente diverso, quanto è diverso domandare un migliaio di lire di indennità per causa di furto, dal domandare che un tale sia dichiarato ladro e punito a 10 anni di lavori forzati. Sono oggetti tanto diversi, sono così separati e distinti fra loro che vengono, generalmente parlando, assegnati a giurisdizioni diverse; l'uno appartiene al civile, l'altro al criminale; e ognuno seguirebbe la sua strada, se la legge o la ragione che sia, non prescrivesse, che attesa *non la identità*, ma *i rapporti* di simili giudizii, un solo giudizio s'istituisse, sino al punto in cui la questione della reità fosse risolta. Sono oggetti tanto diversi, che la questione civile dei danni-interessi può in moltissimi casi restar sola, padrona del campo, o perchè l'azione penale non sia stata intentata, o perchè l'azione stessa sia venuta meno, giuste le avvertenze che abbiamo premesse in superiori capitoli (b) e quelle che dovremo ancor fare.

(a) Il Dalloz fa osservare che la sentenza di Merlin è seguita da Duranton, t. 13, n. 483, 496 e segg.; da Bourguignon all'art. 360, n. 6, 7; da Sellyer, t. 6, n. 2484; da Legraverend t. 1, pag. 60, ecc. Uno scrittore pieno di buon senso di cui il Dalloz riporta il voto, non dissimulando che la opinione di Tonllier è *solitaria* (bastava dire che è in minoranza) conchiudeva che per questa opinione *solitaria*, stava l'avvenire. La dottrina di Toullier vi è difesa.

(b) XXIX, XXX, XXXI ed altri.

Rispetto alla identità delle parti, è bello il motto di Helie — le ragioni sono troppo sottili per essere vere. — Io meno di ogni altro debbo esser disposto ad ammettere nel pubblico Ministero una rappresentanza estensiva agl'interessi delle parti civili, io che nego ogni rappresentanza in lui, nel senso fin qui inteso; e lo riconosco soltanto quale ministro ed orgono della giustizia e del diritto (§§ XVIII, XIX, ecc.). Non mi sento quindi di concedere una finzione di finzione; nè posso risolvere coll'immaginazione un problema di realtà e di sostanza. La cosa giudicata e la eccezione che ne deriva è ideata nell'interesse generale, ma tiene insieme e necessariamente rigorosissimo conto dell'interesse privato. Non si può ammettere così di leggieri che una parte è stata in giudizio, quando non ci è stata; che è stata rappresentata, quando non vi era alcuno che avesse da lei mandato per rappresentarla. Il che è vie più assurdo se si consideri che il giudizio penale, giustamente assorbito nelle controversie che più interessano la umanità e l'ordine pubblico, non è rivolto mai, neppure un momento, all'interesse economico dell'offeso, il quale dal canto suo deve restare in silenzio, deposta alla soglia del tribunale penale la sua azione, che ripiglierà più tardi, quando cioè sarà giudicata la questione penale. La finzione del mandato è quindi tanto meno accettabile, perchè sino alla sentenza il pubblico Ministero non avrebbe potuto rappresentare la parte che era fuori del giudizio, e dopo la sentenza, la sua missione era compita.

454. Quanto alla soluzione data dall'illustre Pisanelli, parmi si possa convenire con lui nel considerare *come questione di stato* il giudizio che decide della reità di un imputato. Non si potrebb'essere d'accordo nel ritenere del pari una *questione di stato* quella in cui si tratta di sapere se uno sia commerciante, molto meno se compratore o venditore; se insomma abbia delle obbligazioni civili e dei diritti verso altri (a). Ammettiamo pertanto come giusto, ed anche os-

(a) Si disputa di stato ove si tratta di quelle condizioni o qualità che modificano sostanzialmente l'essere civile o morale della persona rimpetto all'ordine sociale (per il che si trova giusto di classificare fra tali questioni la causa penale); ma la qualità di debitore o creditore, venditore o compratore, locatario o proprietario, non concerne l'essenza della persona ma solo i suoi rapporti giuridici. Dubiterei ancora se l'argomento non potesse ritorcersi in danno della tesi principale; appunto perchè collo estendersi di troppo la qualificazione, si vedrebbe che la questione cessa di essere pregiudiziale, e cessa l'universalità di effetti che si at-

servabile per novità, quel pronunciato, essere il giudizio penale, rispetto alle condizioni morali dell'uomo, una vera questione di stato.

Legittimo corollario discende, che il giudicato di condanna non solo percuote il colpevole, ma è opponibile *quoad omnes:* all'effetto di non potersi da niuno impugnare e contraddire quella nuova condizione di reo, e all'effetto delle immediate certe e dirette conseguenze che derivano dal giudicato (a). Ma badiam bene che la questione di stato, che si esprime nel giudizio penale, è quella che *riguarda la persona*, e strettamente la persona, ossia le obbligazioni penali; e non le obbligazioni civili quali quelle di risarcire il danno. La questione del danno rientra in tutto e per tutto nei termini di una questione privata, *inter partes*, e non è opponibile ai terzi. Siamo ben lontani dal potere confondere codeste idee; e lo stesso Pisanelli le distinse con ammirabile chiarezza segnalando in quali e quanti casi la giurisdizione civile è autonoma nel giudizio della indennità civile, benchè la questione penale, propriamente tale, non potrebbe per essa giudicarsi. La disputa adunque per la mentovata osservazione non è punto cangiata. Dato che a ragguaglio di ragione scientifica, possa denominarsi, come io credo, *questione di stato* il giudizio penale, la universalità del suo effetto non è contrastata in ogni relazione della persona condannata o assolta; ma ciò che si contrasta è sempre che il giudicato possa aver valore di cosa giudicata rispetto alle obbligazioni civili, ed all'azione civile di cui si pretende e si mantiene la indipendenza.

455. Aggiungerò un altro riflesso che reputo decisivo per escludere la influenza dell'argomento dell'esimio Pisanelli nella questione attuale.

I propugnatori della tesi contraria non sollevano in vero difficoltà di fronte ad una sentenza di condanna; e lo abbiamo veduto nell'esame di quei sistemi. Tengono anzi che la indennità civile sia conseguenza inevitabile della condanna penale (b): la difficoltà sta tutta e

tribuisce a una sentenza di stato. Difatti la questione se uno sia compratore, venditore, donatario, commerciante, ecc., non è pregiudiziale nel senso proprio della parola; *praejudicia non facit;* e non *afficit* i terzi colla universalità del suo effetto, ma è operativa nei più ristretti termini della cosa giudicata.

(a) Per es. le spese del giudizio, la indennità dovuta al tesoro, la pena, ecc.

(b) F. Helie rimprovera ai contrarii questo assunto traendo cagione di escludere il loro sistema per mancanza *di reciprocità* (§ precedente).

solo esistendo sentenza assolutoria. Alla sentenza assolutoria essi negano autorità di cosa giudicata, per gli effetti dell'azione civile. Ora in che si manifesterebbe la natura del giudizio di stato se non nella sentenza di condanna? Per questa, e non per la sentenza assolutoria, si modificherebbe la condizione morale dell'accusato, e si verificherebbe che tutti devono rispettare quel giudicato, terzi o non terzi. L'assoluzione lascia l'imputato nella sua condizione primitiva, opera come se il giudizio penale non fosse mai avvenuto; ne segue, che se l'azione civile poteva esser dominata dalla condanna penale, rimpetto ad una sentenza di assoluzione, rimane libera.

456. Ma come dunque dovrà sciogliersi, e per quali ragioni, la controversia?

Io comincio dall'eliminare da questo campo di questione la teoria della cosa giudicata; osservo in secondo luogo, astrattamente, qual ordine d'idee dovrebbe seguire la legge in simili casi, e finalmente porto la mia attenzione sulla legge medesima e trovo che la sua risoluzione vi corrisponde.

Il principio tuttochè importantissimo della cosa giudicata, è d'ordine secondario e civile, e la legge civile che ne creò la formula, può modificarlo. Diffatti esso non si applica a tutti i casi; e valga appunto il caso della questione di stato. Il principio ha dovuto modificarsi nella questione di stato sotto la considerazione, sommamente grave, che ogni qualità sostanziale della personalità umana è immutabile; che non si può avere qualità di figlio naturale una volta e non averla perennemente; e che, se dovesse applicarsi la regola della cosa giudicata, chiunque avesse interesse contro quella dichiarazione di stato, rinnoverebbe la questione col pretesto di non essere intervenuto nei precedenti giudizii; e il circolo non si chiuderebbe mai.

Bisogna levarsi sopra le regole del diritto privato e direi quasi sopra le formule; e sagrificare, se fa d'uopo, l'interesse privato all'interesse pubblico. Che è mai la teoria del *praejudicia* se non la teoria del sagrificio dell'interesse privato al pubblico? È vero, è incontestabile che quel terzo che è costretto a subire gli effetti di un giudizio nel quale non ebbe parte, soffre, relativamente parlando, una ingiustizia. Ma, senza ciò, maggiori e più vasti interessi sarebbero compromessi. Il legislatore, in una parola, consulta in questo affare l'interesse generale che lo consiglia a non permettere che, dopo la decisione penale, si possano ancora suscitar controversie giudiziarie, i cui risul-

tati potrebbero essere sconvenevolmente disformi dallo stesso giudicato penale; il che non avverrebbe senza dispendio della sua autorità, senza scandalo e senza disordine e dispersione dei rapporti giuridici così solennemente proclamati. In tale scopo era mestieri attribuire al giudicato penale un'autorità, il dominio, come a dire, delle conseguenze, non avuto riguardo alla posizione che la parte interessata avesse voluto o non voluto prendere di fronte al giudizio penale. Non è questo il caso di quei giudizii nei quali una persona interessata non è chiamata, non interviene, e ne ignora la esistenza. Qui la parte interessata è presente, sciente, interpellata; ha dalla legge le condizioni più favorevoli per intromettersi nel giudizio e coadiuvare col proprio interesse quello della giustizia. Non poteva trascurarsi una osservazione di questa sorta per la quale la parte che non intervenne nel giudizio penale, può ben dire, io non l'ho voluto. Nondimeno il legislatore non intende punto di colpire, userò questa frase, di riprovazione la condotta della parte offesa: ma egli stesso, prescindendo da secondarie ragioni, ha dovuto riflettere alla grande e legittima autorità che un giudicato penale possiede per se stesso; non ha potuto a meno di considerare che è ben lecito riposare nella giustizia dei suoi risultati, assicurati e protetti nella opinion pubblica da tante guarentigie quante non potranno mai applicarsi ad un giudizio civile.

Questi a mio credere sono i concetti del legislatore, più razionali che tecnici, semplici, perfettamente giusti senza esser troppo filosofici o sottili. Gli uomini della scienza hanno questa virtù o questo difetto di volere spiegar tutto colla scienza. Vale dire si vuole trovare in regole stabilite *a priori* la ragione di ogni fatto legislativo; pensando che il legislatore non abbia fatto che usufruttare quelle regole, piegandole al proprio intento in una maniera qualunque. Ma il legislatore può avere i suoi punti di vista nuovi, ragioni abbastanza solide benchè fondate meno nella teoria che nella esperienza, e bisogna bene seguirlo nelle sue idee, non mutuargli delle idee che non ha avute; nè è nuovo che, quantunque il suo pensiero non sia stato preceduto da un canone scientifico, la scienza cominci da questo punto. Secondo le mie convinzioni quei dottissimi tirarono a regole alle quali il legislatore non aveva punto pensato e così fecero delle dissertazioni bellissime e inutilissime.

---

## § CII. — *Sulla cosa giudicata civile e sulla cosa giudicata penale, attinenze e differenze.*

457. Se e fin dove la teoria della cosa giudicata civile possa spingersi sul campo della penalità, e come e quanto operi, e quanto convenga o diverga, è l'argomento a cui c'invitano le ultime nostre considerazioni nelle quali si ravvisa che il legislatore penale ha una missione più elevata e non comune col legislatore civile.

Prendiamo i requisiti della cosa giudicata sempre di tipo classico ma prendiamoli dalla forma moderna.

458. L'art. 1351 del nuovo Codice civile ferma da principio il canone fondamentale dell'autorità della cosa giudicata — l'autorità della cosa giudicata non ha luogo, *se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza.* — Poi vengono le tre note condizioni : 1° la medesima cosa domandata; 2° la domanda fondata nella medesima causa; 3° le medesime parti. Ma è questa una teoria del Codice civile e, generalmente, le sue disposizioni non sono fatte per servire agli scopi penali. Se non che levandoci ad una sfera superiore (a) c'incontriamo nella radice di principii comuni.

La cosa giudicata, fondamento delle istituzioni giudiziarie, palladio di tutti i diritti sui quali fu impresso il suggello indelebile della giustizia, rappresenta ugualmente nell'ordine civile e nel penale la dignità di un gran principio. La legge civile s'incaricò dei suoi caratteri estrinseci e della forma. Tolse a modello una istituzione nel suo genere perfetta alla quale la posterità non ha trovato nè da aggiungere nè da togliere. Ma anche la istituzione antica contemplò il tipo civile, e non propose esempii che di contenzioni civili. Era possibile che alcuno de' suoi caratteri venisse a modificarsi dacchè interessi di altro genere più elevati e più preziosi rientravano, per così esprimermi, nel porto e sotto la protezione della cosa giudicata.

E avvenne in effetto per quello che si discorse nei capitoli precedenti riguardo allo scopo dei giudizii, alla causa ed al concorso degli interessati. Quei caratteri, quei requisiti, sotto l'aspetto civile, avevano, può dirsi esattamente, delle applicazioni più letterali ; in criminale,

(a) Passata cioè la regione del tecnicismo, della forma e dei nessi puramente civili.

quei segni d'idee pigliavano un certo significato più largo e più conforme agl'interessi che rappresentavano, esplicandosi piuttosto secondo la forza naturale delle cose che per regole ed ordinamenti legislativi.

459. Le differenze esistono, ciò è fuori di dubbio; poche ma profonde tracce si riscontrano nella legge; le altre sono il dettato della ragione e della scienza: ne sono, può dirsi, il commento necessario.

Facendoci un po' più addentro in questo esame, noi ravvisiamo la cosa giudicata civile ricoprire bensì da nuove offese un interesse privato che fu una volta decisivo; ma mostrarsi, per così dire, avara della sua protezione oltre i limiti della più stretta necessità. Per questo furono dettate le regole dell'art. 1351. Nell'ordine penale la cosa giudicata penale ha da proteggere interessi assai più preziosi (a); e sotto l'aspetto dell'ordine pubblico è manifesto che nella sua autorità riposa la coscienza popolare, e trova uno dei più solidi appoggi lo stato giuridico (b). Quindi quella specie di tendenza espansiva della cosa giudicata penale che sembra diminuire la portata della regola — *res inter alios acta;* — mentre all'incontro non ripudiati i principii che *ab antiquo* si riconoscono naturali al suo istituto, questi medesimi principii risultano più largamente applicati per servire agli scopi superiori della giustizia penale.

Studiando attentamente i reali svolgimenti che le condizioni stabilite dall'art. 1351 vengono a subire nei giudizii penali, e ponendoli sotto un'analisi che occuperebbe uno spazio affatto sproporzionato alla presente dimostrazione, si toccherebbe con mano che ognuno di quei requisiti, *il contenuto* come base fondamentale della *exceptio*, e la identità *della causa petendi* (c) e la identità delle parti (d), è richiesto in modo meno rigoroso, con una intelligenza meno severa, e

(a) Ciò riguarda l'assoluzione, onde chi una volta fu assolto non debba paventare un ulteriore giudizio.

(b) E questa parte del discorso concerne la condanna, mentre lo stato giuridico si perturba da sentenze contraddittorie nelle gravi materie penali; e la coscienza del popolo oscilla incerta, e disgustata delle imperfezioni della giustizia che sembra colpire a caso, e ne viene sperdendo nello spirito la benefica nozione.

(c) *Il titolo* in civile, il *reato* in penale.

(d) Materia discorsa nel precedente capitolo.

quindi rende meno difficile *l'exceptio*, mentre appare più comprensiva e risulta più vigorosa l'autorità del giudicato.

Quanto alla *res petita* o *all'oggetto* (a questo solo ci fermeremo), i rapporti fra il civile e il penale mantengono una più stretta uniformità, mentre alla domanda condannatoria o rivendicatoria del libello civile corrisponde apoditticamente la requisitoria del Ministero pubblico e l'atto d'accusa. Se non che nello sviluppo delle discussioni ampliandosi, non rare volte, la base dell'accusa, non è sempre sicuro dedurre *la res petita* dalla stessa accusa; ma decisiva è la formula del giudicato. La stessa cognizione *dell'oggetto* giudicato è fatta più difficile ed ardua in penale, per lo difetto dei motivi che d'altra parte sono determinativi ed evidenti nelle sentenze civili. Inoltre, nelle cause civili, le più leggiere modificazioni dell'azione, e le minime frazioni della quantità sono apprensibili, laddove in criminale il titolo del reato comprende anche la sua qualità e modificazioni, come più volte si è mostrato, e non si riapre più il processo se non all'apparire di nuovo reato.

Con ciò non intendo avere esaurito l'esame comparativo, ma credo ancora che questa sia la sostanza dell'argomento, e che non gioverebbe a chiarirlo il prolungare la discussione. Non posso però omettere un motivo che mi viene dalla legge, e che quantunque indiretto, è della più decisa opportunità.

Uno dei mezzi estintivi del diritto d'azione è la prescrizione (*a*). In civile il diritto d'azione si prescrive con maggior difficoltà, esige d'ordinario più tempo. L'azione civile dei danni è assoggettata alla prescrizione penale (art. 6). Questo articolo determina espressamente la influenza del giudicato penale, con ciò dimostrando anche una volta la sua prevalente efficacia.

460. L'autorità, per così dire inflessibile della cosa giudicata, e la libertà di diritto sembrano formare una dualità conflittante; un antitesi; il principio d'autorità e il principio di libertà sono, nella comune opinione, idee che si limitano quasi collocate su piani opposti. Nulla di più erroneo; e nulla dirò ancora di più pernicioso e funesto. *L'autorità regolata secondo il diritto, non è che la libertà. Perciocchè l'autorità col farsi scudo e difesa di diritti acquisiti, impedisce che altri usurpi per motivi e con mezzi meno legittimi*

(*a*) Della quale si tratta espressamente nel capo seguente.

*sui medesimi diritti a danno di chi li possiede, vale dire usurpi sulla sua libertà giuridica.*

## § CIII. — *Formula e contenuto della cosa giudicata penale.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 189 a 200).

### I.

### *Della sentenza di condanna.*

461. La sentenza di condanna afferma due fatti: 1° afferma la esistenza del reato; 2° dichiara che l'imputato è colpevole: in siffatta pronuncia non è possibile speculare il fatto omesso; è una base assicurata a quelle conseguenze civili che saranno di ragione.

Vi sono delle conseguenze inevitabili e certe: le spese del procedimento (art. 553).

Anche la condanna dei danni e interessi è una conseguenza; ma subisce delle condizioni.

La parte civile ha diritto alle restituzioni ai danni e alle spese; ma deve farne espressa domanda (art. 499 alin.).

La condanna però degl'imputati o accusati e delle persone civilmente responsabili al risarcimento dei danni verso la parte civile e verso qualunque altro danneggiato, viene *de jure* colla condanna principale (art. 554).

Colla clausola *se vi ha luogo* (lo stesso art. 554) si è voluto significare che la condanna in genere potrebbe anche non aver effetto se nel giudizio di liquidazione fosse esclusa la esistenza dei danni e delle spese; o si provasse che la parte danneggiata vi ebbe rinunciato.

Ritengo che la prova della rinuncia possa farsi anche avanti la Corte, ed essendo intuitiva, la Corte possa prescindere dalla pronuncia.

Sul modo di procedere nella liquidazione provveggono gli art. 556, 557 e 558 (procedura penale) (*a*).

(*a*) Ai citati rispondono gli articoli 568, 513, 569, 571, 572, 573 del nuovo Codice di procedura penale.

II.

*Sentenze assolutorie.*

**462.** *Il fatto delittuoso non esiste; l'accusato non lo ha commesso.*

Questa formula è perfetta nel senso della innocenza; è impossibile immaginare la sopravvivenza di una obbligazione qualunque.

Serpeggia però qualche questione in materia di falso sempre eccezionale e sempre difficile.

**463.** Sopra un'accusa di falso è stato giudicato che l'atto incriminato non è falso. Ebbene può questo fatto essere rimesso in questione in giudizio civile, e sostenersi ancora per via d'incidente civile che l'atto è falso?

Si suppone, che esistendo di già un giudizio civile la parte accusata non fosse intervenuta; e che gl'interessati nella falsità non siano intervenuti nel giudizio criminale. La dichiarazione di non falsità che è stata pronunciata, risolve anche la questione civile, benchè suppongasi già radicata innanzi in forma d'incidente civile (*a*)?

Lo stesso Merlin si vide oscillare fra opposte sentenze: alla terza edizione delle sue *Questions de droit* egli credeva che la decisione penale non avesse influenza; ma alla quarta edizione credeva il contrario, fissato in quella fantastica rappresentanza universale del pubblico Ministero. Trattandosi della identica questione decisa in criminale, e dell'oggetto medesimo, si presentava spontaneo l'argomento *della pregiudizialità*. Se la causa criminale è pregiudiziale per decidere la esistenza del falso, non è pensabile che essendo pregiudiziale non assorbisse la questione alla quale *praejudicium facit*. Tanto meglio, se la pregiudizialità derivi dalla natura di *una questione di stato*, secondo il sistema di Pisanelli (V. § C.). Poco importa se il pubblico Ministero non è quel mandatario di tutto il genere umano che si pretende, poichè è di regola che la questione pregiudiziale *afficit omnes*, i non comparsi, gl'impediti, e quelli che non erano forse ancor nati (*b*).

(*a*) Ciò è ben poco. Per una evoluzione di procedura il falso incidente sviluppandosi, diventa principale e finisce in criminale; tale forma quindi non potrebbe dare verun favore ad una duplicità di giudizii.

(*b*) Richiamo ad un'avvertenza che facilmente si disperde per la sua appa-

464. Ma vi sono delle altre formule meno piene e non ugualmente definitive. Formule che invece di mettere in evidenza la innocenza dell'accusato, lasciano certe lacune, veri lati vulnerabili per colui che fu sì imperfettamente assolto.

465. Il Mangin ha esaminata la formula — *que le fait n'est pas constant* — *que l'accusé n'est pas coupable* ( *Trat.* n. 427 ). L'ultima è quella stessa che usa il giurì quando non è convinto della reità dell'accusato, sia che non sussista il fatto, o l'accusato non risulti colpevole, o la sua innocenza sia manifesta. Dietro questa dichiarazione, viene il *te absolvo* della Corte d'assise, limitata anch'essa a questa sola formula — se l'accusato è stato dichiarato *non colpevole*, il presidente lo *dichiara assolto*... art. 512 (*a*).

Moltiplicare le formule sul tappeto dei giurati, non serviva che ad imbarazzo ; d'altronde la formula — *assolto* — contiene ogni cosa per l'imputato, egli non soggiacerà ad altro processo per quel medesimo fatto. La questione adunque riman viva al civile, o non riman viva in nessun luogo.

Più e più volte è stato giudicato che la formula — *non* — *l'accusé n'est pas coupable* — non esclude che lo stesso imputato, quantunque non reo verso la legge penale, non sia civilmente debitore d'indennità, per lo stesso fatto non considerato come delitto ( Decis. riferite dal Mangin, n. 427 ). In materia di falso entrò una disputa di principii che merita qualche attenzione.

rente sottigliezza benchè verissima e solidissima. La regiudicata criminale assorbe l'oggetto ideutico, e ciò per sua propria natura. L'atto è falso o non è falso ? Se lo stesso *oggetto* (finalità della istanza) cade uel giudizio civile nel quale si discute della falsità o verità dell'atto (non riconoscinto coi mezzi legali), e cade eziandio nel giudizio penale, è manifesto che essendo qnesto pregindiziale, toglie ogni virtù al giudizio civile. Ma rispetto alle questioni che hanno un diverso oggetto, come quelle dei danni-interessi, e simili, la regindicata non esercita inflnenza di sua propria natura, vale dire perchè regiudicata ; ma per altre considerazioni che determinarouo la legge ad esteuderne il dominio sulle questioni consequenziali benchè uon identiche.

(*a*) Il giudice adopera la formola *non farsi luogo a procedimento* per esprimere tre risnltati: *a*) l'esistenza del fatto imputato è esclusa; *b*) il fatto non è cousiderato dalla legge come contravvenzioue; *c*) l'azione penale è prescritta o in qualunqne modo estinta (art. 343). Come ognun vede quei risultati riguardano *il genere* ossia il fatto; *l'assoluzione* è formula specifica e si applica, o l'imputato non sia autore della contravvenzione uè vi abbia presa parte, o la sua reità non sia provata (art. 344).

Portata al giudice penale la causa di falso di una scrittura privata, fu risposto con una di queste due formule, o con amendue — *il falso non consta — l'accusato non è colpevole* (a). Non restava dubbio che la via civile non fosse ancora aperta a verificare la scrittura; ma se si fosse trattato di atto pubblico, di documento autentico, sarebbe stata acconcia la stessa conclusione?

Io adotto, contro Merlin, la opinione del Dalloz (b), consacrata dalla Corte di cassazione (franc.) (c), che rigetta in questo caso la distinzione fra scrittura privata ed atto autentico, poichè sì nell'uno che nell'altro caso esiste ancora facoltà di giudicare in civile, quando il giudizio criminale fu risoluto semplicemente colla formula — *non constare, ovvero, l'accusato non è colpevole.*

466. Perchè la questione del falso potesse dirsi terminata in criminale, e non potesse più riprodursi in giudizio civile, sarebbe mestieri che la verità o la falsità del documento fosse stata definita. A questo conduceva l'art. 214 del Codice di procedura civile francese, a questo conduce il nostro art. 296 (Codice di procedura civile 25 giugno 1865). « La querela (di falso) si può proporre, quantunque il documento sia stato riconosciuto per vero dalle parti, eccettuato soltanto il caso *in cui la verità del medesimo sia stata dichiarata per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale* (d). Dev'essere adunque stata dichiarata *la verità*. Con ciò si è portata la luce della evidenza dove pei Francesi esiste ancora il dubbio. Imperocchè si poteva dubitare, e si dubitò difatti, se fosse necessaria proprio una sentenza *dichiarante la verità*; la legge ci porge la formula alla quale dobbiamo acquietarci. Un'altra formula lascia il problema insoluto;

(a) Benchè la formula complementaria dei giurati sia. — *No, non è colpevole*, una speciale interrogazione ad essi rivolta dal presidente, può aver dato quel prodotto; ond'è venuto in palese che *il non colpevole* aveva per motivo *il difetto della prova.*

(b) *Chose jugée.*

(c) 12 luglio 1828.

(d) Questo articolo è lodevole per chiarezza e semplicità di espressione, pregio che generalmente risalta nelle riforme fatte dal nuovo al precedente Codice di procedura civile. La legge precedente diceva — quand'anche tale documento fosse già stato riconosciuto per vero.... in tutt'altra sede che in quella di una procedura di falso o principale o incidentale nella quale siasi dichiarata per sentenza la verità dello stesso documento. — C'era della imprecisione e della contorsione benchè il concetto sia pur quello.

il *non consta*, equivale al non sapere se il documento sia vero o falso; l'accusato può *non esser colpevole*, perchè non fabbricò il falso, perchè n'era insciente, ma il documento può nondimeno esser falso, qual ne sia l'autore, e non produrre veruna obbligazione nè effetto giuridico.

Ciò pure dimostra il mal criterio dell'illustre Merlin che divideva scrittura privata da atto pubblico (*a*), ragionando che, facendo quest'ultimo prova piena, impugnato che fosse, non avrebbe potuto più farsi passaggio dal falso incidente civile al falso principale e criminale; ed era un errore. Si rinnovava la questione civile per questo, e solamente per questo, chè la verità o falsità dell'atto non era stata decisa in criminale, perciò la via civile restava ancora aperta. Non eravi luogo pertanto a distinguere da atto privato ad atto pubblico, distinzione che non è nella legge (*b*).

Si è osservato con ragione che nel falso principale criminale si giudica l'azione morale dell'imputato; nell'incidente civile le censure cadono sull'atto, sulla sua verità o falsità, sulla sua attitudine o non attitudine a formare la prova, indipendentemente dall'autore delle falsità.

In presenza per altro di questa singolare combinazione giuridica, due articoli rimangono, si direbbe, colpiti d'impotenza, e non ricevono più applicazione. Sono gli art. 308 e 317 dello stesso Codice di procedura civile (*c*).

(*a*) V. MANGIN, *Traité*, n. 428.

(*b*) Il titolo *è generico dalla falsità dei documenti* (tit. IV, cap. I, sez. 4, § 7, Codice suddetto, 25 giugno 1865, e si parla sempre *di documenti*.

(*c*) Art. 308. « Quando risultino dal procedimento indizii sufficienti di falso, se gli autori o complici siano viventi, e l'azione penale non sia estinta, l'autorità giudiziaria ordina che si proceda a norma del Cod. di procedura penale, rilasciando, se ne sia il caso, mandato di cattura. Per effetto di questa sentenza la causa civile è sospesa sino a che siasi pronunziato definitivamente nel giudizio penale, salvo che l'autorità giudiziaria creda che la causa o alcun capo di essa possa esser deciso indipendentemente dal documento impugnato ».

Art. 317. La parte che ha proposta la querela di falso civile può sempre proporla in via penale. In questo caso il giudizio civile è sospeso, salvo quanto è stabilito nel capoverso dall'art. 308.

## § CIV. — *Continuazione.*

I.

*Estensione del contenuto. Teorica.*

467. La cosa giudicata è efficace *in quanto contiene le questioni* che vanno a riprodursi in giudizio.

Il contenuto è l'insieme della sentenza: tutta la sentenza.

Il contenuto è materiale e razionale; è la disposizione della sentenza, non disgiunta da' suoi motivi.

È materiale il contenuto che mostra colla evidenza letterale la identità della questione.

È razionale quello che ha bisogno del sussidio della ragione per determinare il suo concreto.

Il criterio predominante è *l'oggetto* (*a*). Ma *oggetto giuridico*, non materiale. Il materiale è assorbito dallo scopo giuridico. Così chi domandò alcune cose della eredità, non potendolo fare se non spiegando la qualità di erede che gli fu negata dalla sentenza, respinto una volta, non può ridomandare in generale la eredità. *L.* 3, *de exc. rei judic.* Tanto è per colui che *totum petiit*, indi *partem petat* poichè *pars in toto continetur*. Quando più azioni sono tecnicamente istituite ma cospirano al medesimo oggetto (e infine la diversità si riduce ai mezzi giudiziarii) la separazione di nome non di sostanza non cangia la posizione giuridica. Se alcuno domandò una cosa coll'azione *mandati;* respinto ridomandò la medesima cosa *coll'actio negotiorum gestorum*, è considerato essere *in eadem causa*, e incontra l'ostacolo della *res judicata* (*b*).

(*a*) Questo principio che io sì spesso ripeto è consacrato (non si è mai adoperata sì bene questa parola un po' abusata nel linguaggio dei commentatori) è consacrato, dicevo, da Savigny. Più azioni che hanno lo stesso oggetto o scopo giuridico sono identiche per l'effetto. *Droit Romain.* t. VI, § 231-4. *Il plures actiones ejusdem nominis;* di Ulpiano (lib. 28, *ad edict. fram.* 43 *de r. j.*) s'intende in ordine *all'oggetto*, ib. § 232.

(*b*) ... « Coeterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de ea re agere. Ulpianus fram. 5, de re judic. ». Questa teoria grida contro coloro che, nell'assai più grave materia criminale, cangiato il nome dell'azione, e prendendo *una modi-*

Codesti sono esempii di contenuto razionale; la ragione ne addita pure i limiti. È difficile dettare una teoria, forse sarebbe inopportuna: basti che una cosa non è l'altra. Chi pretese la proprietà di un edifizio e fu respinto, può domandare senza temer la eccezione della cosa giudicata, *tigna et coementa;* imperocchè uno può essere proprietario dell'edifizio, ed altri dei cementi e delle travi; e congiunti all'edifizio, separati che siano, possono dal proprietario vendicarsi *Ulp. fram.* 7, § 2, *de except. r. j.*).

Ma la *petitio* può essere *ex alia causa* (*Ulp. fram.* 11, § 6). Il contenuto è semplicemente un esame di fatto. Chi ha domandato il più, ha domandato il meno; chi domandò la perfetta e piena proprietà del fondo, domandò l'usufrutto eziandio, e non può rinnovare la domanda limitatamente all'usufrutto; ma chi soltanto l'usufrutto chiese e fu mandato con Dio, può vendicare la proprietà che è il più. (*Fram.* 21, § 3, *de exc. rei jud.*).

Quantunque simili norme tratte dalle sorgenti civili non abbiano un'applicazione diretta nelle cause penali (V. §§ C, CI), mostrano che vi sono delle risoluzioni giudiziarie, il limite del cui contenuto è osservato dalla critica in confronto dei rapporti giuridici che si sviluppano dalla stessa base di fatto e non furono compresi nella sentenza.

Lo scopo della interpretazione della cosa giudicata *è conoscere:* non investigare la giustizia de' suoi pronunciati: ma solo conoscere *il quid decisum.*

Il *contenuto* è *l'oggetto;* è una presunzione d'ordine, ed è sempre l'ordine che si presume. Si presume che il giudice non abbia oltrepassato i termini della domanda e della questione presentata al suo giudizio.

468. Nelle cause civili i confini del giudicato sogliono delinearsi con precisione; il libello della lite spiega la domanda, nelle conclusioni delle parti la disputa si sostanzia e acquista la sua forma decisa; i motivi della sentenza, un dispositivo suscettibile di esprimere tutte le gradazioni della volontà del giudice, mettono in aperto lume il contenuto della decisione; ciò che si volle e ciò che non si volle o non si potè decidere.

*ficazione di qualità* **per una differenza oggettiva, non perdonano a chi fu assolto di subire un nuovo giudizio per lo stesso reato (V. ciò che si è largamente trattato nei §§ XCVIII e seg.).**

Nelle cause penali, in quelle segnatamente d'alto criminale che si risolvono nelle Corti d'assise, la difficoltà è nella larghezza ed elasticità della formula e nell'assenza dei motivi.

Il Savigny, andando egli pure in cerca del contenuto di una cosa giudicata, ebbe ragione di fare assegnamento sui motivi domandando ad essi le spiegazioni delle decisioni oscure o dubbie (*Dir. Rom. Chose jugée* § 291); ebbe ragione di dire che *la decisione è inseparabile dai rapporti di diritto affermati o negati dal giudice*. Ma è noto che nel sistema del giuri non si rendono i motivi. Nondimeno l'atto d'accusa, le discussioni, le risposte dei giurati alle singole questioni, porgeranno i più interessanti materiali alla interpretazione.

Ciò che importa osservare è principalmente questo che, nel tema attuale noi non ci occupiamo punto del *concorso di più azioni penali*; ma dell'azione civile e della penale non in concorso fra loro, ma in quanto un'azione civile più rimaner viva ed esercibile dopo il giudicato penale. Più azioni penali possono derivare da un medesimo fatto, ma l'azione proposta elimina la non proposta, il giudizio sia di condanna o di assoluzione è completo e abbraccia tutte le penalità incorse dall'accusato. Ciò abbiamo esposto e sostenuto nei §§ XCVI, XCVII e XCVIII (a).

469. Rapporto alle conseguenze civili non è così. Il giudizio penale consuma sott'ogni aspetto l'azione penale, ma possono sorgere dietro di lui dei giudizii civili a disputare di quelle responsabilità che non formavano oggetto dell'azione penale, o furono riservate, o sfuggirono alla decisione.

## II.

### *Giurisprudenza.*

470. Fermiamo ancora per riassunto queste distinzioni.

1° Un solo fatto può generare più reati.

2° I reati che si generano dallo stesso fatto o sono propriamente tali, obbiettivamente distinti, e colpiti con apposite sanzioni del Codice penale; ovvero, quelli che si credono moltiplici reati, non sono che i varii modi e i diversi criterii d'apprezzamento dell'azione medesima.

(a) Non resta aperta la via ad altro giudizio che pel *fatto nuovo* (§ XCVIII).

E appresso fu già stabilito che rapporto a questi non devono moltiplicarsi i giudizii penali (§ XCVIII).

In tal caso l'azione penale si consuma totalmente una volta che sia stata definitivamente giudicata, in qualunque modo sia stata giudicata: ma se tutte si esauriscono le obbligazioni penali, non ne segue però che *tutte del pari si esauriscano le obbligazioni civili* per la virtù di una sentenza di assoluzione (*a*), eccettochè la sentenza non dichiari *non esistere* il fatto o essere escluso che *l'imputato vi abbia preso parte* (*b*).

Daremo alcuni esempii.

Un commerciante è caduto in fallimento. Egli può esser vittima di disgrazie inevitabili. Ma invece colla più imprudente e dissennata condotta, può aver compromessa la sorte de' suoi creditori; e trascurate le guarentigie legali, non poter render conto de' fatti suoi! O, peggio ancora, egli non ha fatto che ordire una lunga frode: è reo di bancarotta. Il magistrato dell'azione lo coglie per questo titolo. L'im-

(*a*) Altro è della sentenza condannatoria che in quanto contiene o può contenere *il maximum della responsabilità* che si racchiude in un fatto colpevole, porta e assorbe le minori. Per esempio se uno è condannato per bancarotta dolosa si comprende la bancarotta semplice e ogni altra frande relativa.

(*b*) L'illustre Pescatore ha chiamato sentenza *in personam conceptae* le sentenze assolutorie « che senza escludere il fatto nè l'applicazione al medesimo di una disposizione penale, e senza dichiarare l'azione penale prescritta o altrimenti estinta ritengono però che l'imputato non ha commesso il fatto ascrittogli, o che non vi ha presa alcuna parte, o che ad ogni modo la sua reità non sia provata ». *Sulla procedura civile e penale cap. IX*. Più avanti (pag. 163), ricorda che in altro sistema ai giurati si proponevano distinte le qnestioni sulla esistenza *stessa del fatto, sulla imputabilità del medesimo all'accusato*, ed ora quel sistema non è più. Eccoci adunque perfettamente all'oscuro dei motivi (*a*). La legge intanto prescrive che la decisione negativa dei giurati dia sempre luogo *ad una semplice assolutoria dell'accusato* per organo del presidente della Corte d'assise (art. 498). *Onde non avverrà giammai che da una decisione assolutamente negativa dei giurati o dalla conseguente assolutoria pronunziata dal presidente, altri accusati possano desumere una eccezione di regiudicata*. Questo è uno degli effetti *negativi* di una sentenza assolutoria che non risolva insieme e radicalmente la qnestione del fatto in genere. Noi ora esaminiamo l'effetto negativo della sentenza assolutoria in rispetto diversissimo e nella sola relazione del medesimo impntato assolto.

(*a*) Io pure ho osservato in altro luogo non lontano questa medesima cosa, non senza aggiungere che le varie questioni specifiche proposte ai giurati, possono fornire dei lumi e qualche volta fare ufficio di veri motivi.

putato è assolto. Non si disputò, non si agitò altra questione, che di bancarotta fraudolenta. Ebbene, resterà il vedere se il fallito sia almeno responsabile di bancarotta semplice. Secondo le teorie francesi, l'imputato potrebbe subire un secondo processo penale. Nei nostri principii, l'assolto dal capo di bancarotta fraudolente, non risponderà dei suoi fatti imprudenti che in giudizio e per gli effetti civili, e in tal caso non gli sarà lecito coprirsi colla eccezione della cosa giudicata.

Secondo queste idee, è stato deciso che colui che fu accusato di *un crimine*, può essere ricercato per lo medesimo fatto considerato come semplice delitto in giudizio civile e per ragione del danno. *Cassazione di Milano* 31 *gennaio* 1859, *Gazz. di Gen.*

B. venne accusato di aver appiccato l'incendio alla propria casa assicurata dal fuoco, per trarne profitto a danno di una società assicuratrice. Assolto, fu convenuto nonostante avanti il tribunale civile per esser dichiarato decaduto dal diritto della indennità, stando in fatto ch'esso fu l'autore dell'incendio. Non gli valse opporre la regiudicata. *Cassazione di Milano*, *sentenza* 20 *aprile* 1863.

Un tale che aveva interesse di opporsi al privilegio da altri invocato derivantegli da un brevetto d'invenzione, lo assalì in giudizio criminale come reo di contraffazione. Non riuscì nell'intento e il prevenuto riportò sentenza assolutoria. Ma costui senza aver violata la legge penale, poteva con altro animo avere alterato il documento, e civilmente convenuto pel danno, si difese inutilmente allegando la cosa giudicata. *Cassazione di Torino* 13 *novembre* 1858.

Accusato d'incendio colposo di un edifizio T. venne assolto. Ma ad istanza di terzi citato per lo risarcimento dei danni causati dall'incendio per fatto suo, la sentenza ottenuta non gli giovò. Poteva esservi tenuto per altre cause. *Cass. di Torino* 7 *maggio* 1858 (*a*).

(*a*) In altra decisione (7 marzo 1855) si ritenne che uno il quale venne assolto dal tribunale correzionale, ben poteva opporre la sentenza ad altro giudizio mossogli contro in civile per danni-interessi procedenti dal fatto medesimo. Dipende principalmente dalle circostanze del fatto il rilevare se qualche causa di responsabilità sia per sopravivere alla decisione penale. Ma potrà in civile discutersi di nuovo il fatto, e anche potrà apparire e riceversi in aspetto diverso da quello che fu presentato ai giudici penali? Perchè no, se questi non hanno risolta la questione della esistenza o della non esistenza del fatto, e si limitarono a dichiarare non colpevole l'accusato? Appena è d'uopo avvertire che la qualità di *terzo* nulla

Se il giudice penale che assolve, parte dal difetto di una qualità ch'era necessaria a provarsi, per esempio la qualità di commerciante, trattandosi di un reato di bancarotta, il giudizio negativo del giudice penale intorno a questa o altra qualità e circostanza, non è legge al giudice civile, che può ritenerla provata, o accettare la prova che se ne volesse fare, qualora fosse, per esempio, il caso di dichiararne il fallimento.

## § CV. — *Della cosa giudicata in relazione a correi complici ed altri non intervenuti nel giudizio.*

471. I nostri studii versarono sulla efficacia della cosa giudicata in relazione alla persona che ne fu il soggetto.

Giova o nuoce la cosa giudicata ai correi e complici che non furono in quel giudizio?

Giova la sentenza, se fu dichiarato *non farsi luogo a procedimento* (a), o se portata la causa a formale discussione, l'assoluzione fu proclamata sulla base *della inesistenza del reato.*

472. *Nuoce*, se fu sentenziato il contrario, cioè se fu sentenziata la esistenza del reato e se il giudicabile subì condanna. I correi e i complici caduti successivamente in potere della giustizia sono essi colpiti dalla stessa sentenza? No. Ma se essa fa stato *quoad omnes*, per le cose lungamente discorse, onde mai questa nuova modificazione del principio a favore dei correi e complici pei quali dovrebbe maggiore severità usarsi che pei terzi? Se si fossero trovati presenti al giudizio, checchè si fosse giudicato della loro reità specifica, il giudizio del fatto e delle condizioni generali del reato non poteva esser diverso. Ora non temete più la contraddizione dei giudicati, e lo scandalo che sarebbe per nascerne, lo sprezzo in cui cadrebbe la giustizia, il pubblico allarme? Che sarà se, supponiamo, i complici prima giudicati essendo stati anche condannati, venisse poscia sul banco dell'accusa il capo, il gran signifero della masnada, e più furbo o più fortunato, sapesse fare in modo da distruggere la esistenza medesima del reato?

influisce perchè si possa riassumere in civile la cognizione del fatto, se fu definito in penale e tale definizione formi base del giudicato. *Cassazione di Milano*, 14 febbraio 1860.

(a) È la formula della sezione d'accusa (V. § seg.) e anche dei tribunali correzionali e di polizia che stabiliscono la inesistenza del reato.

Ma le norme della legalità sono rispettabili e sacre solo perchè seguono i principii e ad essi s'informano. Così osservate le variazioni della legalità non sono che i varii aspetti filosofici che i concetti razionali delle cose presentano. Secondo le relazioni a cui si applica, la regiudicata si modifica nei suoi effetti. Qui si tratta del supremo dei diritti, del *diritto dell'uomo* (*a*).

Sì, il diritto della individualità umana, nel giro delle cose create, è il supremo dei diritti. Vi è la società perchè vi è l'uomo: questo solo è l'essere, l'essere reale. In questo centro si appuntano tutte le leggi, tutte le costituzioni, le cure affannose dei governi, le paurose cautele dei giudizii, gli accorgimenti della scienza. Se l'applicazione della cosa giudicata è utile alla individualità accusata, o almeno non nuoce, *bonum est;* e allora preponderano i belli e nobili motivi della uniformità del gius sentenziato, e il rispetto di quelle decisioni che imprimendo nell'uomo già regolarmente e legittimamente condannato il carattere, non dirò lo stigma della penalità, devono ritenersi immutabili in quello che si chiama interesse della società, e veramente nell'interesse dell'ordine e del diritto. Ma se il concetto magnifico cade sul capo di un essere umano sino a schiacciarlo, deve farsene senza esitare il sagrificio, si deve immolare alla libertà di quest'uomo. Che le sentenze si contraddicano, che il supposto autor principale riesca a miglior condizione del suo complice, interessa poco; l'opinione pubblica si turberà, ma si turberebbe di più se colpito da una condanna anticipata quest'uomo non potesse difendersi (*b*).

È verissimo, vi ha del fittizio e del convenzionale; vi è, non dirò dell'arbitrario (*c*), ma della legalità, in questa teoria della cosa giudicata. Tutte le barriere, elevate qua e là come fortificazioni avanzate a garanzia dell'ordine legale, cadono innanzi al diritto naturale della difesa. L'ordine stesso esiste, esiste la giustizia, perchè esiste e perchè si rispetta il diritto della difesa: lo stato di barbarie e quello della

(*a*) Faccio mia volontieri questa felice espressione del Pescatore.

(*b*) La *Revisione* non si accorda che in presenza *di due condanne* assolutamente contraddittorie inconciliabili. Una condanna ed un'assoluzione non sono mai inconciliabili, neppure cadendo su fatto identico.

(*c*) Il fittizio è il convenzionale non è l'arbitrario; le così dette *finzioni*, non sono che i sussidii razionali portati nei vuoti della legalità. E per convenzionale intendo il diritto della forma, custode del vero giuridico, alla condizione però di non fare ostacolo allo sviluppo dei diritti naturali.

più sanguinosa oppressione si riassume in una parola sola: la negazione del diritto della difesa.

## § CVI. — *Delle sentenze della Sezione d'accusa e dell'azione civile.*

473. La Sezione d'accusa pronuncia sentenze: *a*) ordinatorie; *b*) interlocutorie; *c*) definitive sulla competenza; *d*) definitive sul merito.

Ordinatorie quelle dell'art. 422 (ora 432) (*a*) e dell'articolo 436 (ora 448) (*b*).

*Interlocutorie* o definitive condizionali sono le dichiarazioni *di non farsi luogo a rinvio, o non esser luogo ad accusa*, non trovandosi indizii sufficienti di reità (art. 435, ora 447).

*Definitive* sulla competenza, e sono i casi degli art. 425, 426, 427 e 428, ora 435, 436, 437, 438, sul merito, mentre o decide che il fatto non è punibile, o che l'azione è prescritta (art. 424, ora 434).

Le sentenze della Sezione d'accusa hanno influenza sull'azione civile?

474. È inutile parlare delle classi *a*) *b*) *c*) il cui effetto giuridico nei rapporti dell'azione civile si dimostra col solo annunziarle (*c*). Alcune soltanto fra le definitive hanno virtù di attrarre nella loro decisione i diritti dell'azione civile: bisogna determinarle.

In modo definitivo può statuire la Sezione d'accusa: 1° sulla natura del fatto penale; 2° sulla esistenza dell'azione (*d*).

(*a*) « La sezione potrà prima di statuire sul merito, ordinare una più ampia istruzione, se la crede necessaria. Essa potrà parimente ordinare, qualora ne sia il caso, che le siano presentati nel più breve termine gli oggetti formanti corpo di reato che si trovassero depositati nella segreteria del tribunale ».

(*b*) La Sezione d'accusa può avocare a sè la istruzione della causa, siavi o no istruzione cominciata dai primi giudici.

(*c*) Lasciando le ordinatorie che non determinano verun diritto, quelle della seconda classe sono revocabili, mutandosi lo stato del processo; e quindi non hanno il carattere fondamentale delle cose giudicate, la irrevocabilità. Le altre non risolvono che la questione d'ordine.

(*d*) In quell'articolo che comprende tutta la podestà decisoria della Sezione d'accusa sul merito, havvi una parte che riguarda le prove, intorno a che per altro la legge non attribuisce, come or ora diremo, facoltà decisive. L'articolo è questo: « Se la Sezione d'accusa *non iscorge traccia alcuna di crimine, delitto o contravvenzione; ovvero se non trova indizii sufficienti di reità; o le risulta che l'azione penale sia prescritta o in altro modo estinta*, essa lo enuncierà espressamente

Un carattere notevolissimo del nostro sistema si è non dare alla Sezione d'accusa quelle facoltà decisorie che suppongono un lavoro approfondito (come oggi si dice) sul fatto o guardato in se stesso come puro fatto, o in relazione alla colpabilità dell'accusato. Quindi la Sezione d'accusa non dichiara (come presso i Francesi si usa) *il fatto non esiste, l'accusato è innocente.* Difatti come potrebbe dirlo? Che guarentigie avrebbe il suo giudizio? Ha forse la Sezione d'accusa veduto svolgere avanti di sè il processo in tutta quella estensione di cui è capace? Il giudizio dell'innocenza, per quanto desiderabile, sarebbe avventato; può ben dirsi senza mancare alla proprietà del linguaggio, che la Sezione di accusa non ha che dei frammenti di prove o se si creda meglio, degli elementi la cui unione allo stato delle cose non costituisce invero un risultato, e quindi l'accusa non può aver luogo. Ma è forse abbastanza conosciuta la storia dell'avvenimento; le azioni dell'accusato furono messe a confronto di tutte le circostanze che potevano qualificarle? Simili decisioni sarebbero viziate di precocità; la opinione pubblica non ne sarebbe soddisfatta.

Invece la natura giuridica del fatto può presentarsi con caratteri abbastanza distinti; e sia per questo che il fatto non è colpito dalla legge penale, sia perchè l'azione penale si appalesi prescritta, che è una semplice applicazione di una regola giuridica (a), il troncare nei suoi esordii il processo è un dovere ed un beneficio.

Che avviene intanto dell'azione civile?

Nella prima delle enunciate ipotesi, l'azione civile è evidentemente preservata. Che può importare o quale influenza può avere sulla sorte dell'azione civile una sentenza che dice non essere il caso dell'azione penale?

Ma l'azione penale può dichiararsi estinta per verificata prescrizione.

La prescrizione dell'azione penale domina quella dell'azione civile pei danni-interessi; resterà il vedere se siano estinte anche le altre obbligazioni che derivassero dal fatto, considerato sotto un altro

nella sentenza colla quale *dichiarerà non farsi luogo a procedimento*, e ordinerà il rilascio dell'imputato ».

La dichiarazione — *non esservi indizii sufficienti di reità* — si risolve alla scoperta di nuove prove (art. 435, V. § XCVIII).

(a) L'azione penale può essere estinta per altro modo che per prescrizione. Per *l'amnistia*, a cagion d'esempio.

aspetto, e da non estimarsi quali consequenziali della stessa azione penale (a).

475. Invano si susciterebbero le solite meschine questioni della presenza o dell'assenza della parte civile nel processo penale; preoccupazione, sterilissima, a creder mio, d'insigni giureconsulti francesi (MERLIN, *Quest.* v° *Réparat. civ.*). Davvero il positivismo della legge nostra non lascia germogliare la disputa già rancida e priva d'interesse e malamente trattata anche dal Mangin (*Traitè*, n. 440), senza che meriti la pena di confutarlo (b). Basterà che, essendo la legge generale e non facendo distinzione, o la parte danneggiata abbia promossa la sua azione in civile, o piuttosto in criminale, o l'abbia lasciata inerte aspettando l'esito del giudizio penale, tanto è: l'azione del danno non risorge (c).

476. Della estinzione dell'azione penale per causa di amnistia, diremo poche parole tenendoci strettamente nei nostri limiti. L'amnistia discende dal principe non dalla legge, e questa, non può negarsi, è una buona ragione per restringere rigorosamente la sua influenza sulla questione penale. Il principe si è sempre dato questo vanto, di rispettare, nella espansione delle sue beneficenze, i diritti dei terzi (d); e in ciò l'amnistia non differisce dalla grazia. Per altro, se al principe appartiene il giudizio della opportunità come il decreto e la manifestazione dell'indulto, il principe stesso riconosce questo diritto dalla legge. Vi sono i principii razionali, nei quali si armonizza la giustizia colla grazia, per additare all'indulto i legittimi confini. Diverso dalla prescrizione, che ha varcato molto francamente i termini della penalità, questo mezzo di estinzione non tocca l'azione civile. Il reato non è più reato in faccia all'indulto: ecco tutto. Ma il fatto rimane con tutte le sue conseguenze, carico di tutte le responsabilità civili (e). L'indulto tronca talvolta, anzi il più delle volte, i processi in corso.

(a) V. Capo. XI.

(b) Di ciò si è già discorso ampiamente in più luoghi dell'opera.

(c) § XCVIII, n. 448.

(d) L. 7, *Cod. de precibus.*

(e) « Gl'indulti e il decreto di grazia lasciano intatta l'azione civile per la riparazione del danno derivato dal reato, e per la riscossione delle spese del processo; e non comprendono le pene pecuniarie, o le confische spettanti all'erario dello Stato, salvochè nella parte che non sia stata ancor soddisfatta ». (Art. 136 del Codice penale.

L'azione civile che già esisteva, che *abitualiter* si possedeva dal danneggiato, tolta la sospensione, libera si produce avanti ai giudici civili ove lo stesso fatto amnistiato sarà veduto, esaminato nei rapporti civili; ciò, con buona pace del signor Legraverend, non è in opposizione collo scopo dell'indulto e non guasta la situazione politica; io non ne comprendo alcuna che diventi migliore per conculcare la giustizia (*d*).

(*d*) È chiaro che se le amnistie sono puramente politiche concesse per reati politici, come quelle che susseguono le rivoluzioni fallite, i tribunali non hanno che farci; noi parliamo di quei fatti che offendono il diritto privato.

# CAPO XI.

## Della estinzione dell'azione penale per causa di prescrizione.

### § CVII. — *Duplice aspetto del diritto di prescrizione.*

SISTEMA DEL CODICE PENALE.

477. Si estingue il *diritto dell'azione penale;* si estingue *la pena* pronunciata con sentenza. A rigore di termini, il reato non si estingue mai. Neppure colla dichiarazione d'innocenza perchè il reato, rapporto a colui che ne fu accusato, non è mai esistito. Neppure, giuridicamente parlando, colla soddisfazione della pena; mentre una qualche altra volta sarà base della recidiva. Soltanto nell'ordine morale, la pena estingue il reato, come la penitenza il peccato. L'estinzione *è l'espiazione*. La dignità d'uomo è stata riconquistata col lungo patire, e una consolazione tempera l'amarezza del punire, quella, che il condannato abbia potuto restituirsi alla moralità per mezzo del sagrificio.

Il sistema del Codice consacra la mentovata distinzione. Si prescrive contro *l'azione*, si prescrive contro *la condanna*. Il Codice ha due fondamenti. Aggrava le condizioni della prescrizione secondo la maggiore gravità dei reati. Rende più difficile, nella misura del tempo, la liberazione della pena che quella del processo. Discerne in ragione della pena quattro classi di reati: 1° punibili colla pena di morte o dei lavori forzati a vita; 2° punibili con pene criminali, minori però delle indicate; 2° punibili con pene correzionali; 4° punibili con pene di polizia (articoli 137, 138, 139, 140 del Codice penale). Il punto

di partenza del termine, quanto alla prescrizione dell'azione penale, è sempre dal giorno del commesso reato; unico, quando riguarda le pene di polizia, ma quanto alle altre maggiori pene, se vi fu processo, si partirà dall'ultimo atto del medesimo. L'azione penale pei reati di prima classe si prescrive nel termine di venti anni compiti, e la pena pronunciata nella sentenza (muovendo sempre il termine dalla pronuncia di essa) con trent'anni compiti. « Ma cadendo il condannato nella forza (così l'art. 137) dopo trascorso il termine di anni 20 compiti dal giorno del commesso crimine, la pena da esso incorsa sarà diminuita di uno o due gradi (a). Quanto ai reati della seconda classe, l'azione penale si prescrive nel termine di dieci anni compiti: la pena si prescrive col trascorso di vent'anni compiti. Quanto ai reati della terza classe, l'azione penale si prescrive decorsi 10 anni compiti, e la pena con cinque. Finalmente l'azione penale pei reati della quarta classe, in un anno e in due anni la pena decretata. Una saggia eccezione è fatta nell'art. 141 per le ingiurie verbali punibili in via correzionale che si prescrivono in sei mesi; se le ingiurie sono punibili con pene di polizia, in un mese; rimanendo fermo, come pare, il termine rispettivamente posto negli articoli 139 e 140 rispetto alle condanne.

Ho voluto avvertire principalmente il duplice e differentissimo scopo della prescrizione. Riserbo il commento, anche sulle altre disposizioni, notevoli per temperanza, e per una che si direbbe dotta previdenza delle questioni che sorsero altrove.

## § CVIII. — *Del principio razionale della prescrizione nell'ordine civile.*

478. Corre fra la teoria della prescrizione civile e della penale maravigliosa differenza, che niuno scrittore della materia, per quanto io sappia, ha rilevata compiutamente, almeno con proposito comparativo. Per cui rimane, a così dire, un vuoto, una parte oscura fra i due sistemi; e questo fà che non si possono scorgere i confini, e le legittime pertinenze dell'uno e dell'altro. A questo si aggiunge la difficoltà di dimostrare singolarmente le ragioni di un istituto di cui si

(a) Disposizione piena di umanità e di sapienza.

sente la vera e reale necessità, ma che sembra tuttavolta far contrasto colle pure e sincere nozioni del diritto. Ma vi ha ancora di più, ed è, come io penso, che rispetto alla prescrizione penale non è stato ancora esattamente formulato il principio che la governa.

479. Rispetto alla prescrizione civile sono noti gli sforzi successivamente fatti da pubblicisti illustri nelle cui mani si andò sempre meglio svolgendo la idea che al punto in cui siamo pare aver raggiunto il suo termine. La utilità è sempre apparsa evidente, ma, come or ora io dicevo, la scienza cercava penosamente di attaccarsi alle sante e immutabili nozioni del diritto. Quasi nel seno della società non si formassero dei diritti che secondo la essenza di lei possono e devono dirsi naturali, cioè corrispondenti e proprii della sua natura, si prendeva a tipo un certo ordine d'idee primitivo e sfortunatamente troppo astratto ; un certo sentimento che io voglio chiamar semplice, vale dire isolato dagli elementi col quale deve congiungersi per formare una nozione complessa, piena; la risultante, si direbbe, di ciò che si deve, nell'insieme e nelle rispettive attinenze, esaminare. Non si apre uno dei nostri vecchi trattati, d'altronde eruditissimi, in cui non si legga che la prescrizione è contraria *alla naturale equità*, il ditterio era famigliare nelle scuole e nelle sentenze magistrali ; e lo stesso Cujaccio scriveva con quella specie d'abbandono che attesta una verità incontrastata : la prescrizione *pugnat cum naturali aequitate at fit pro bono publico.*

Grozio osservò che fare o disfare i diritti non poteva esser opera del tempo : ed era già una verità conquistata alla scienza. Puffendorfio cominciò a considerare il tempo, non come fattore, di diritti, ma come un elemento di diritto, e intravide che un possesso rispettabile, perchè di buona fede, poteva associarsi in qualche modo alla idea della proprietà, e potere anche il diritto della prescrizione risultare *come una dipendenza e una conseguenza naturale della proprietà;* ma non andò più avanti col suo concetto che restò confuso come poco era chiaro nella mente sua.

480. La teoria del Vatel merita che ci si fermi un momento. Il diritto di proprietà non viene dalla natura ; ma è sanzionato dalla natura nell'interesse sociale e in vista del bene pubblico. Per questo la legge naturale impone il rispetto della proprietà, per questo disapprova la negligenza, condanna l'errore in cui il negligente proprietario induce i terzi, e per questo ancora rivendicante la negletta pro-

prietà, lo respinge. L'abbandono che si presume, non è la congettura di una volontà secreta (a): no: ma è una posizione di cose stabilita dalle leggi stesse della natura per amor di pace e d'ordine; e il possessore di buona fede vi si adagia come nel miglior titolo naturale. Un acquisto per altro di questa maniera non può soddisfare nel foro della coscienza seguendo la quale, una volta scoperto il vero proprietario, si dovrebbe restituire (!) Il Vatel tenta più avanti una teoria anche più scabrosa. Provato, secondo lui, che la prescrizione è ordinata in conformità delle leggi naturali, vuol anche dimostrarla analoga al diritto delle genti. È lo stesso diritto di natura, egli dice, applicato alle nazioni; e sarebbe l'interesse della pace generale che altrimenti verrebbe turbata da guerre sanguinose e perenni. Se non che esita osservando che vi sono dei silenzii diuturni ma poco significativi; i silenzii rassegnati degli Stati deboli che non osano opporsi alle usurpazioni delle potenze meglio armate e più forti: tuttavia al principio della tranquillità generale devesi tutto sagrificare: il tempo darà adunque la sanzione ai possessi abbastanza prolungati, e li fermerà stabilmente nei possessori « perchè è ben necessario che gli affari abbiano un termine e prendano una forma ed un assetto stabile (b) ». E si presume (e questa è la conclusione) « che essendo la usucapione e la prescrizione di un uso tanto necessario alla tranquillità e felicità della società umana, si presume di diritto che *tutte le nazioni abbiano consentito* ad ammetterne l'uso legittimo e ragionevole e in vista del bene particolare di ciascuna nazione ». Siamo dunque in termini *di diritto delle genti volontario* (lib. 2, c. XI, § 150) (c).

(a) È nell'abbandono, quale presunzione *juris et de jure* che si porge il fondamento della legittimità dell'appropriazione della cosa abbandonata. Dice l'autore due linee più avanti. Al contrario il Savigny elimina il *derelictum* e l'abbandono dal concetto della prescrizione. *Diritto Rom. Tit. estinzione del diritto d'azione.* T. V. § 237.

(b) Si potrebbe domandare a Vatel che sarà di quei possessi, prolungati sì ma continuamente contrastati e rimbeccati dalle proteste del preteso spogliato; come quelli che ogni anno, il giorno di S. Pietro, si lamentano perduti e s'insiste nel diritto della ricupera. Secondo i suoi principii, per qualunque spazio di tempo, quei territorii sarebbero ricuperabili; così sarebbero e Sicilia e Napoli e Parma ed Avignone, ecc. Difatti egli dice: « ces raisons, au reste, n'établissent l'usage de la prescription que dans le cas d'une très longue possession, *non contestée, et non interrompue* ». Liv. II, Ch. XI, § 141, 149.

(c) Il Gerard de Rayneval osservò contro il Vatel che *non essendovi legge* (meno

Che ammirabile semplicità, quanto candore in codeste teorie internazionali del Vatel, il famoso pubblicista! Ma nello stesso tempo quale ignoranza, mi si perdoni, e dopo ciò ripeto la parola, quale ignoranza dei diritti dei popoli! Nessuna nazionalità potrebbe più rivendicarsi; e al Vatel non resterebbe che una memoria disonorata fra gli uomini che prostituirono la scienza, se il Vatel stesso fosse conscio delle sue teorie e delle sue dottrine.

481. Lasciamo di questo e diciamo una parola sulla sua dottrina della prescrizione civile che più si approssima al nostro soggetto. È d'uopo non invaghirsi troppo del tecnicismo *a priori*. Mi spiego. Si suole mandare avanti alcune idee o nozioni complesse come *diritto naturale — diritto sociale — diritto delle genti;* e quindi si vuol trovar modo di applicare questo tecnicismo a dei concetti ancora da formarsi. Consideriamo invece di tratto le cose quali sono, apprezziamole, indi, se giova, facciamo della teoria richiamando le nozioni primitive, e classifichiamo le idee secondo i principii. *La natura non dà ma la natura approva e sanziona;* e via con questa dimostrazione scolastica e imbarazzata; e dico imbarazzata perchè si suppongono delle nozioni non bene definite. Che s'intenda per diritto di natura, per leggi di natura: del non procedere dalla natura ma dell'approvarsi della natura: idee inconcludenti e giuochi di parole? Vatel aveva nella mente le reminiscenze delle antiche contese, e temeva gli si opponesse che la prescrizione è contraria alla equità naturale.

Ma in che si fonda la teoria del Vatel giustificante la prescrizione, se non nel supposto abbandono e nella negligenza del proprietario? Non si tratterebbe di una trasformazione del diritto per una evoluzione o rinnovamento di elementi sostanziali suoi proprii, *ma della traslazione* dello stesso del diritto e di un passaggio che si reputa o si finge almeno consensuale per parte di colui ch'era il proprietario. E se altri risponde che il supposto volontario abbandono è chimerico (come poi ne conviene lo stesso Vatel); che la ragione sarà sempre là per difendere una proprietà che senza titolo è usurpata (e lo stesso Vatel confessa che è uno di quei bocconi che fanno indigestione nella coscienza); che altro rimane di buono e di solido nella sua dottrina?

quella dei cannoni, altri direbbe) a statuire un diritto fra le nazioni, non vi era obbligazione, dato che il finto consentimento non ci fosse. È inutile il dire che negli ultimi tempi ben altre teoriche sono uscite: fra gli scrittori recentissimi annovero l'opera di Avio.

Decisamente nulla. Il tempo, e non altro che il tempo; il quale se può essere elemento, almeno negativo di diritto, in mano al legislatore civile, di vero non sarà per lui che si ottenga la sanzione del diritto naturale come si è preteso di dimostrare.

482. *La occupazione, il lavoro*, ecco l'applicazione della personalità umana alla materia, i titoli primordiali di acquisto. È verissimo ciò che dice il Troplong (*a*) « la proprietà è la libertà dell'uomo sulla natura fisica » e dopo lui il Comte, il Thiers, il Rosmini e tanti altri uomini della scienza moderna, che fanno della proprietà una identificazione della personalità umana (*b*).

Tuttavia la occupazione e il lavoro che sono la sorgente della proprietà nei fatti primitivi, non bastano a costituire un diritto con lesione del diritto altrui; e quando a tutto questo si congiunga la tranquillità del possesso e il lungo tempo, vi è certamente tutto quanto è necessario alla prescrizione nei rapporti del diritto positivo ed estrinseco; ma la scienza va ancora in traccia della ragione intrinseca ed essenziale di questo avvenimento giuridico. La coscienza è la sede del diritto; noi stabiliremo il diritto di prescrizione (civile) su questa base; salvo di spiegare cosa intendiamo per coscienza del diritto. Intanto c'è bisogno di rifarci un momento sulla teoria di Troplong e mostrare in qual parte noi la teniamo difettosa.

483. E la teniamo difettosa in questo, ch'essa manca di un principio identico che governi le diverse posizioni che sono comprese nel medesimo articolo di legge. La legge pone a fondamento della prescrizione *il possesso legittimo* per tutto quel tempo ch'essa determina. Fra possessore di buona fede e di mala fede essa non distingue; questa distinzione, rispettabile pur sempre, delle dottrine canoniche, non è accettata dai moderni Codici. Ma esistendo in realtà, secondo i casi, codesta diversità dello stato psicologico del possessore, il Troplong, trattando la scienza, se n'è occupato e doveva occuparsene, ma qui al grande scrittore sembra mancasse un principio superiore, onde alle due ipotesi fu costretto dare spiegazioni diverse. Provò in tutto che il lavoro del possessore, la opinione in cui era del diritto, opinione di buona fede in lui fomentata del silenzio del proprietario, che d'altra parte aveva

(*a*) Nella sua magnifica introduzione al trattato della prescrizione.

(*b*) Perciò « Quando si disputa se la proprietà è di diritto naturale, si è come si chiedesse se la libertà è opera di un diritto arbitrario » Troplong. — ivi —

il dovere di torlo d'inganno, vennero a poco a poco, e quasi insensibilmente, scalzando il diritto dell'antico proprietario e formandone un nuovo, si direbbe, a sue spese: diritto che in fine riesce più che legittimo, irreprensibile eziandio nei termini del gius naturale (a). E questo il sunto esatto parmi, del discorso bene splendido di Troplong; e, se ho a dirla, non era poi molto difficile. Ma cessato l'accordo della legge naturale, l'autore entra in considerazioni d'altro genere, quando viene ad esaminare la posizione del possessore *originariamente di mala fede*. Non dirò già che il Troplong abbia male giudicata questa posizione, ma dico solo che la sua teoria manca di base.

484. Bisogna in primo luogo eliminare la distinzione di buona e di mala fede, o in altri termini, l'elemento della soggettività; elemento che la legge civile non ha considerato. Sotto questo rapporto dirò solo che la buona fede è una vera *praesumptio juris et de jure* in quel possessore che presenta tutti i requisiti del possesso prescrittibile. Dirò che la mala fede d'origine (la scienza dell'altrui diritto) ha dovuto successivamente indebolirsi; il possessore lasciato perfettamente tranquillo per un lunghissimo corso d'anni in un possesso pubblico e da niuno ignorato, si è venuto mano mano riconciliando colla propria coscienza. Ma la legge, come dissi, non presume di una presunzione invincibile che la buona fede, alla quale danno sicuro fondamento le precauzioni che ha prese accurate e molteplici messe a confronto col perpetuo silenzio di ogni presunto proprietario.

485. Ma la prescrizione, ossia il diritto di acquistare o di liberarsi in virtù del tempo, non è nè un premio alla buona fede del possessore, nè una punizione della negligenza. Piuttostochè *obiectum* della legge, sono *condizioni* della sua attuabilità. Il principio razionale è riposto *nello stato della coscienza pubblica* che presta la sua adesione e la sua fede a quelle estrinseche testimonianze della proprietà che equivalgono supplettivamente ma realmente ed efficacemente alla dimostrazione di un titolo, e n'è la sanzione. La proprietà non è solamente un diritto privato ma altresì un elemento della vita sociale mediante le sue condizioni d'attività e le sue attitudini commerciali, perciò la indipendenza della proprietà e la libertà dei dominii è protetta e dev'esser protetta dalla legge dello Stato; ed è veracemente e

(a) Inteso come un diritto esistente per sè, e non puramente per volontà del legislatore.

senza dubbio alcuno una diramazione del gran principio della libertà generale. In questo modo io definisco il principio razionale della prescrizione nell'ordine civile (a).

## § CIX. — *Del principio razionale della prescrizione nell'ordine penale.*

486. Passiamo ad una sfera d'idee del tutto diversa. Io notai superiormente che i rapporti o comuni o differenziali della prescrizione civile e penale non furono mai avvertiti dagli scrittori; e che il principio razionale della prescrizione nell'ordine penale non è stato trovato. Io vado a proporre le mie convinzioni.

487. Mi è d'uopo intanto separare completamente i due emisferi, additando per altro un principio comune.

Il principio superiore della prescrizione civile ho detto essere la libertà, e pure nel principio di libertà è posta la base razionale della penale. Ma partendo da punti distantissimi, la libertà a cui serve questa istituzione è pure osservata secondo fini totalmente diversi.

In civile la indipendenza e la libertà dei dominii è del più grande interesse sociale. Perciò tutti gl'istituti dei popoli giunti al maggior grado di civiltà hanno cura di spezzare i vincoli, di tor via gl'impedimenti delle libere circolazioni e della disponibilità perchè il movimento è la vita. Ma le istituzioni civili si esercitano sulle attività naturali degli esseri individuali in relazione ed al maggiore sviluppo del bene loro proprio e alla prosperità sociale; la legge penale invece limita e costringe le perniciose esuberanze delle attività fuorviate e ribellanti ai loro legittimi fini; e si trova in una posizione affatto opposta (quanto allo scopo no, ma quanto all'ufficio) colla legge civile.

La legge penale preme, ciò è evidente, sulla libertà individuale resa incompatibile colla libertà generale. Ma questo medesimo potere sociale, armato a difesa della società, e che tuttavia depone la sua forza ai piedi della giustizia, come largamente esposi nelle prime parti di questo libro, il potere sociale obbedisce alle leggi supreme del

(a) In tutto ciò non vi ha di arbitrario che la durata. Ma spetta al Potere civile il determinare le parti accessorie, le appendici pratiche ch'essa ragguaglia alle regole della convenienza e della prudenza, per cui anche l'arbitrio è regolato dalla ragione.

diritto che gl'impongono il rispetto di quelle medesime libertà individuali sulle quali la sua mano pesa. Fra cotai leggi primeggiano: 1° il diritto della difesa; 2° il non doversi rispondere di un fatto delittuoso più d'una volta; 3° non permettere giudizii che non contengano i mezzi probabili per giungere al loro fine, la verità; 4° non colpire di pene eccessivamente gravi, o che tali siano in se medesime, o per la scaduta opportunità di applicarle; 5° l'eseguire condanne la cui esecuzione per circostanze sopravenute divenne inefficace, e ripugnante alla coscienza pubblica.

Prenderemo le tre ultime specie che sole convengono al nostro tema.

L'esercizio dell'azione penale lungamente protratto non contiene i mezzi probabili della riuscita. La persecuzione tardiva si riveste di un carattere vessatorio perchè privo di ragionevole scopo, e perchè suppone sforzi innormali dal lato dell'accusa per ricuperare il vantaggio di una posizione che si è lasciata sfuggire. Non basta. Il giudizio sembrerà non soltanto vessatorio ma eziandio insidioso. L'imputato ha smarrito le prove sulle quali poteva contare per difendersi; ingannato dal silenzio, perdute le tracce e le memorie dei fatti, si presenta disarmato a colpi che non può riparare.

488. Tale è il fine prossimo della prescrizione dell'azione penale. La prescrizione della pena è giustificata da ragioni sue proprie. Intanto riflettendo alla durata minore che si assegna all'esercibilità dell'azione penale di quella che alla eseguibilità di una sentenza di condanna, si ravvisa facilmente che essendo la prescrizione di quella fondata sulla necessità di conservare la prova, non si deve abbondare nei termini (*a*).

(*a*) Non so se un sistema graduale di tempo, quale è adottato dal Codice, sia buono. Quanto alla esecuzione delle condanne, deve ammettersi: è giusto. Se pure un sistema graduale si vuole ammettere rapporto alla durata dell'azione penale (di cui non veggo tutta la ragione, almeno per approvare la scala piantata nel Codice) bisogna tagliar corto. Dieci, quindici, venti anni sono troppi. Più il delitto è grave, più si arrischia o di tentare dei processi inutili col solo rumore dello scandalo, o di fare un ordito di prove più artificiale che vero. Dovrebbe almeno stabilirsi che il reato si è scoperto così tardi, e che prima non potè essere scoperto.

Quanto alla ragione dell'imporre alla prescrizione delle condanne un termine più lungo, Vazeille, *Traité de la prescript.*, n. 802; Hoorebeke, *Traité de la prescript. en mat. pen.* n. 198.

Quanto alle condanne, è osservabile che lungamente sospese, diventano più gravi; e col tempo si fanno insopportabili e nei rapporti della giustizia e in quelli della civiltà. Una intera vita può essere spesa nel cómpito doloroso di scontare una pena: ma per quasi tutta la vita non deve pender sul capo la spada di Damocle che mai non percuote. Metto io pure in conto, come hanno fatto gli altri scrittori, gli stenti e i dolori dell'esiglio, i nascondimenti e le fughe, le industrie affannose, l'eterno sospetto, i pericoli e la rovina di una qualunque desiderabile posizione sociale; e dopo venti anni, dopo trenta anni o d'inerzia o d'impotenza, proclamo tiranna e persecutrice insaziabile quella legge che volesse ancora inveire, mi si permetta la frase, su quel cadavere (a). Il timore della pena imminente non è la pena ma la recapitola in gran parte nelle apprensioni dello spirito. Viene adunque un momento in cui bisogna dir, basta: la giustizia è placata.

Vero è che colui è profugo per colpa propria, che schernisce la giustizia col non obbedire ai suoi comandi. In altra età la giustizia permalosa faceva della contumacia un delitto: ma secondo le nostre idee, usa della propria libertà chi fugge la pena senza resistere e senza commettere a questo intento altri reati.

Si aggiunge che la pena è inefficace sotto l'aspetto di ristabilire lo stato giuridico a cui si porge troppo tardi il rimedio, e che la coscienza pubblica si rivolta contro la punizione di delitti da lungo tempo obbliati.

489. Per tutto questo *mancano al potere sociale le condizioni che legittimano le costrizioni della individuale libertà dell'uomo*. La prescrizione adunque, anzichè una creazione arbitraria dello stato legislatore, è una limitazione necessaria della penalità.

Se le basi che ho poste non sono errate, in amendue gl'istituti il tempo è semplicemente una condizione ed opera congiunto ad elementi sostanziali del diritto. È chimerico cercarne il tipo nel gius naturale, (*quod natura omnia animantia docuit*); è del tutto erroneo il concluderne che non si tratti infine che di una creazione politica *propter bonum publicum* (b). Proteggere una situazione entrata

(a) Vi sono anche dei profughi e dei contumaci meno sfortunati; ma lo stato di contumacia è sempre uno stato di privazione e di pericolo.

(b) Dopo scritte queste parole ho voluto consultare il Carmignani, scrittore profondo, e confesso un moto poco lodevole del mio amor proprio, trovando come sotto la sua potentissima penna sia, per così dire, scivolata questa sì grave ri-

come un diritto nella coscienza pubblica ed accettata universalmente come titolo di proprietà e fondamento legittimo delle contrattazioni, è l'oggetto della prescrizione civile. Astenersi dall'esercizio della penalità quando non è necessario, dal punto che il suo rigore diventerebbe odioso, vessatorio, ingiusto, e condannato nella pubblica opinione, è un dovere dello Stato messo in condizione di non potere comprimere la libertà individuale quantunque colpevole, o sospettata colpevole. È questo il fondamento della prescrizione nell'ordine penale. Amendue codeste evoluzioni del diritto si sviluppano dalla natura degli elementi di cui si compone, e ritornano a quel supremo principio che è base del diritto, la libertà. Ma nella diversa loro indole, la prescrizione civile rappresenta un incremento di ben essere sociale; la prescrizione penale è, per dir così, negativa: è una limitazione di quel potere terribile che ha lo Stato di abbandonare i colpevoli alla giustizia punitrice.

## § CX. — *Della condizione del tempo.*

491. Il Codice penale determina con tutta chiarezza la misura del tempo necessario alla prescrizione negli articoli 137, 138, 139, 140 e 141.

cerca. *Il lungo lasso di tempo cancella la memoria delle condanne, la pena non trova la sua sufficiente condizione di applicazione quale la mente del legislatore la concepì;* quest'ultima specialmente è una ragione di gran momento e molto vera: ma un criminalista della portata di Carmignani si libera bene a buon prezzo di una questione di tal fatta. Tanto più è penoso che un tant'uomo abbia evitato di approfondirla, dacchè subito dopo viene a dire delle dispute che questo arduo tema ha fatto nascere. Avverte egli pure, senza però occuparsene, *che da alcuni la prescrizione penale è posta erroneamente a confronto colla prescrizione delle materie civili.* Fra gli altri che cita in nota (il Carmignani fu assai prodigo di citazioni *ad pompam*, queste però venivano di proposito) sono il De Simoni, che *sostenendo di gius naturale la pena, impugna la prescrizione*, e il Nani che lo confuta. E doveva essergli stimolo per portarvi l'arbitrato del superiore suo ingegno. Per altro le seguenti parole mi scusano da un giudizio alquanto avanzato che io espressi di sopra, benchè non precisamente in questo senso, che fra tanti discordi pareri la teoria della prescrizione nelle materie penali *vorrebbe fors'essere da capo a fondo ricostituita.*

I.

*Dell'età minore.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 145).

492. La legge ha stabilita una misura di tempo alla prescrizione che riguarda i crimini, altra a quella che riguarda delitti, e le contravvenzioni.

Ma i minori degli anni quattordici *che hanno agito con discernimento*, e i minori d'anni diciotto, rei di crimini, non soggiaciono alle pene criminali statuite pei maggiori di età, ma a pene inferiori e talmente inferiori che nella prima serie specialmente (quella del § 89) il carattere della pena è del tutto cangiato e di titolo e di durata.

Il dubbio intanto che sorse altra volta, e che la legge attuale non risolve, è questo, *se la pena sostituita* in considerazione della età minore, rappresenti la norma del tempo prescrittibile, o piuttosto sia da desumersi dal titolo proprio del reato (*a*).

493. La giurisprudenza francese tenne pel titolo senza riguardo alla commutazione sino alla legge 23 giugno 1824, che nell'art. 1° disponeva: che gl'individui minori di sedici anni che non avessero complici d'età maggiore, prevenuti di crimini diversi da quelli che sono puniti colla morte, coi lavori forzati in perpetuo, e colla deportazione, avessero a giudicarsi dai tribunali correzionali. D'allora in poi la giurisprudenza cangiò; la facoltà attribuita ai tribunali correzionali che non giudicano che delitti, parve segno evidente che tali crimini non fossero dal legislatore considerati, quanto ai minori, che come delitti; e che la prescrizione dei delitti, e non dei crimini, dovesse applicarsi (MANGIN, n. 296).

Noi incontriamo nel nostro Codice di procedura penale disposizioni che conducono a questo medesimo risultato. Per certo la Sezione di accusa che dichiara la competenza del magistrato a cui deve inviarsi una causa di crimine di cui è imputato un minore di 14 anni, rimette la causa non alla Corte d'assise ma al tribunale correzionale (*b*).

(*a*) Lo stesso dovrà dirsi dei reati dei sordo-muti di cui parlano gli articoli 91 e 92.

(*b*) L'art. 438 del Cod. di proc. pen. è in termini: « In tutti i casi, nei quali o per ragione d'età o dello stato di mente, o per qualsiasi altra circostanza, i reati qua-

Questa giurisprudenza che è costante in Francia, spiacque a Mangin. Perchè mai? Perchè, egli dice, la legge non ha fatto dipendere la qualificazione di un reato dalla specie della giurisdizione che deve giudicarne; quindi se il reato è in se stesso un crimine, non cangierà natura perchè, essendo stato commesso da un minore, sia punito con pena correzionale. Ad avvalorare il suo argomento osserva che vi sono non pochi *delitti* che vengono giudicati dalla Corte d'assise nè perciò diventano crimini (a). Si può ben concedere all'illustre scrittore, che non dipende dalla giurisdizione applicata al reato la qualificazione dello stesso reato; ma ciò non risolve la questione. La questione invece è nel sapere, se pei nostri Codici (non essendo in questo diverso l'italiano dal francese) si misuri la entità del reato dalle sue qualità intrinseche o piuttosto dalla pena.

494. Bene o male che sia, la entità del reato è commisurata dalla pena (b). Tanto è vero, che i *delitti* eziandio giudicati per eccezione (art. 9, Codice procedura penale) dalla Corte d'assise, restano *delitti* perchè la Corte d'assise non applica in tal caso che pene correzionali. Evidente è del resto la lettera della nostra legge (*contro le sentenze di condanna a pena di morte, o dei lavori forzati a vita* (art. 137). Contro le sentenze *di pene criminali* minori della morte (art. 138, ecc.). Qui si abbandona la nomenclatura *di crimini e delitti* per non prendere a guida che le pene pronunziate. La ragione, per chi desideri saperla, non è men chiara. La malizia e l'intrinseca improbità del reato commesso dal minore, non è pari a quella del maggiore che vi reca tutta la pienezza delle sue facoltà, e tutta la forza del suo volere. Il dolo del minore, per dirlo in breve, non è il dolo del maggiore; egli non commette un crimine nella forza del termine; alla sua azione, meno colpevole, è ragguagliata la pena che ne dà la misura. È del

lificati crimini, sono punibili a termini di legge rispetto a tutti gl'imputati col solo carcere, o si faccia luogo alla commutazione o diminuzione delle pene criminali col passaggio alla pena del carcere, la Sezione d'accusa potrà rinviare la causa al tribunale di circondario che pronunzierà in via correzionale ».

La facoltà (potrà) non è relativa alla trasmissione della causa al tribunale correzionale, ma al giudizio delle cause diminuenti la entità della pena, indicate nell'art. 10.

(a) Art. 9 del Codice penale.

(b) Il reato *che la legge punisce con pene criminali* è un crimine. Il reato *che la legge punisce con pene correzionali* è un delitto. Art. 2 del Codice penale.

tutto semplice e naturale che la misura del tempo che induce la prescrizione vi corrisponda (*a*).

II.

*Delle circostanze attenuanti.*

495. Non può seguirsi altra regola rispetto a quei crimini che per circostanze attenuanti dichiarate dai giurati, discendono effettualmente per la pena nella classe dei delitti. L'applicazione della regola è giusta del pari ; delinque meno chi delinque con dolo attenuato, e in tal modo la legge della prescrizione viene ad equilibrarsi colla entità del reato (*b*). Cessa poi il dubitare innanzi al chiaro testo della legge che regola la prescrizione secondo le pene applicate.

## § CXI. — *Del corso del tempo prescrittivo.*

I.

*Dei reati continuati.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 150).

496. Art. 145 del Codice penale. « Nei reati continuati la prescrizione non correrà che dal giorno in cui cessò la continuazione ».

Noi trattiamo ora, com'è chiaro, della prescrizione dell'azione penale. Quanto alle condanne, la prescrizione decorre sempre dal giorno della sentenza (art. 137 e seg.) (*c*).

Ma che sono i reati continuati ? Il Codice non lo dichiara in altri luoghi onde suppone la nozione scientifica.

*Reati continuati* sarebbero quelli che gli autori sogliono appellare *reati successivi?* Non credo. Reati continuati sono gli atti delittuosi

(*a*) È questa pure la opinione di F. HELIE, *instruct. crim.*, t. III, § 189.

(*b*) Se un reato punito di morte fu commesso con circostanze attenuanti e la pena fu per esempio diminuita di due gradi ( art. 682 del Codice penale ) si troverà giusto applicare la prescrizione di trent'anni, come se l'accusato fosse stato condannato a morte o ai lavori forzati in vita?

(*c*) Cioè dal giorno in cui fu pronunciata la sentenza indipendentemente dalla notificazione.

della stessa specie colla stessa intenzione e scopo ripetuti in un dato termine e spazio; poichè se quegli atti sono distanti di luogo e di tempo non si diranno continuati (*a*). Reati *successivi* sembrano essere quelli che non si consumano a un tratto ma la loro azione si prolunga e si svolge sino ad un certo tempo con effetto immanente e proprio della natura del reato. Tale è *l'arresto illegale e il sequestro della persona;* l'azione del reato dura continuo finchè dura la detenzione della persona sequestrata. Non dissimile è il *ratto* finchè la persona rapita è nei vincoli del rapitore. È facile scorgere che tali reati avendo per iscopo essenziale il possesso di una data cosa o per abusare naturalmente di essa, o per sopruso o vendetta, o per servirsene ad altri scopi illegittimi, il possesso è elemento sostanziale del reato. Stimo pertanto che *reati continuati* e *reati successivi* non siano punto sinonimi: ma nell'argomento nostro non conclude per la nitida espressione dell'articolo, *che la prescrizione non corre che dal giorno in cui cessò la continuazione* (*b*).

Voglio osservare di volo due specie poichè le differenze rischiarano.

La *bancarotta fraudolenta* è un reato continuato non un *reato successivo*. E la stessa intenzione che si svolge sopra un piano determinato o no *a priori*, ma che conduce mano mano fin all'esito che è il fallimento e il sacco delle sostanze dei creditori. L'ultimo atto fraudolento è il cominciamento della prescrizione.

Mossa questione se l'ultimo atto della frode avesse a ritenersi lo stesso fallimento, fu deciso (Mangin, *Trat.*, n. 328), che non avendo la dichiarazione e il giudizio di fallimento autorità sull'azione pubblica, doveva piuttosto il termine della prescrizione partire dall'ultima frode. Mi sia lecito osservare contro questa decisione, che la dichiarazione di fallimento eseguita dal fallito, è pur essa un atto di frode, anzi il compimento, o *il coronamento* (se mi si passa questo vocabolo di moda) di tutte le altre frodi, racchiudendo l'ultima espressione, necessariamente artifiziosa e bugiarda, del frodatore (*c*).

(*a*) Tale un furto caduto sopra oggetti diversi, posti anche in luoghi diversi, a breve distanza di tempo, senza deviare ad operazioni intermedie, ecc. Questione di fatto e di apprezzamento.

(*b*) In linea di furto il possesso delle cose procedenti dal furto non si qualifica continuazione. Perchè questo? Perchè è della essenza del furto il consumarsi coll'ablazione, poichè il ladro ha raggiunto il suo scopo.

(*c*) È dunque un falso punto di vista quello di osservar l'atto nei rapporti d'influenza sull'azione pubblica.

Altra specie. *La calunnia; e la falsa denunica o querela.* Questa fra le sceleraggini la più infame, si consuma colla comunicazione dell'atto falso verbale o scritto all'autorità. Non credo possibile il cercare un altro momento qualunque (*a*).

II.

*Dell'ultimo atto della procedura.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 156).

497. *L'atto di procedura* è nello stesso tempo il punto di partenza della prescrizione, e un mezzo interruttivo della prescrizione. Nel primo aspetto, e nell'interesse del pubblico Ministero (che non è altro che l'interesse, se cosi può dirsi, della giustizia) sostenere che il corsò della prescrizione non è cominciato: e nel secondo, che l'atto è interruttivo, sembra lo stesso mezzo adoperarsi a stabilire due posizioni opposte. Così è difatti. Ma le condizioni dell'atto non possono essere che unisone in qualunque posizione.

Io non ammetto atto di procedura che non sia scritto nel Codice; ma non ne escludo alcuno. Mi è necessaria quest'avvertenza poiché vidi altre volte suscitarsi questione (*b*) se gli atti che riguardano meramente la difesa, siano da considerarsi atti diprocedura nel senso d'interrompere la prescrizione, specialmente se l'atto è necessario, come sarebbe quello di costituire il proprio difensore nel termine legale. Primieramente la legge non distingue. L'atto di procedura non è che *il moto* del processo, o questo moto la faccia nascere o lo faccia progredire. La prescrizione è lo negazione di questo muoversi del processo; da ciò la incompatibilità delle due nozioni giuridiche. Poco monta se l'impulso sia dato dal pubblico Ministero o dalla difesa. Supposto che la difesa faccia un atto necessario, non è meno un atto del processo: oltrechè siffatta necessità suppone dal lato del magistrato procedente una pressione che esprime tutt'altro che obblio inerzia ed abbandono (*c*).

(*a*) Questo è pure il parere di F. Helie.

(*b*) Quando io sedeva consigliere di Cassazione, nella bellissima città che ora è capitale del Regno.

(*c*) Se la legge dicesse — *atto d'istruzione* — il dubbio sarebbe grave; chè tale veramente è quello che è diretto a far progredire l'azione, e non potrebbe comodamente adattarsi a un fatto difensivo. Ma la legge, con vera *adresse* e scelta di espressione ha detto: *ultimo atto del processo*. — Vedi seg. § CXII, n. 503.

## § CXII. — *Della sospensione e dell'interrompimento del corso della prescrizione.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 155, 156).

498. Per ciò che riguarda la sospensione, il Codice penale dispone coll'articolo seguente. « Quando il procedimento per un reato non può istruirsi o proseguirsi prima della risoluzione della controversia civile pel medesimo oggetto, non correrà alcuna prescrizione per lo stesso reato se non dopo il giudizio definitivo della causa civile » (art. 145).

Della interruzione è regola l'art. 146. « La recidiva nei crimini interrompe la prescrizione delle pene inflitte sì pei crimini come pei delitti: la recidiva nei delitti interrompe la prescrizione delle pene inflitte per delitti. — Ad interrompere la prescrizione delle pene inflitte per crimine basterà pure il crimine commesso in territorio estero purchè si tratti di crimine previsto dal presente Codice, e sia intervenuta condanna per sentenza divenuta irrevocabile. — In tutti questi casi il tempo per prescrivere non decorrerà nuovamente che dal giorno in cui comincierà la prescrizione dell'ultimo reato ».

Rispetto *alla sospensione* il concetto del Codice è esclusivo e tutto comprende. Ma rispetto alla interruzione non è così, vi sono delle altre cause che il Codice non narra.

La causa della sospensione portata dall'art. 146, è dedotta, come apertamente si scorge, dalle ragioni intime del processo; e non da motivi personali, o anche reali, ma estranei al processo. Effettualmente il processo sospeso avanti il giudice penale, continua il suo corso e si svolge in quel modo che è possibile in ordine alla nuova fase in cui è entrato, e poichè gli atti civili verranno un giorno o l'altro a congiungersi col processo criminale, è palese che non si tratta infine che di unico processo.

499. Volgendo uno sguardo alle cause di sospensione del Codice civile, troviamo differenze tali che ci fanno accorti della profonda separazione del due sistemi.

Le cause di sospensione del corso della prescrizione civile si ridu-

cono alle seguenti: 1° la impotenza di agire; (a) 2° impedimenti di rapporti o di onestà civile; (b) 3° sospensione esistente nelle condizioni stesse del diritto (c). I rapporti fra il prescrittore e la persona a cui carico si prescrive, o in ordine alla cosa che si prescrive, sono ben differenti. La impotenza ad agire negli organi perenni e sempre vivi e presenti della giustizia, non si concepisce. Riguardi personali non ci possono essere. Nessuna modificazione sospensiva ha luogo nel diritto criminale; non si agisce, non si condanna *sub conditione;* in criminale *l'obiectum juris* si apprende sempre in tutta la sua pienezza (d).

Veniamo alle cause interruttive.

500. Osservo che il Codice penale non ha segnalato che due soli casi gravi peraltro e di qualità che non avrebbero potuto dedursi, almeno con sicurezza, dai principii generali della scienza.

501. È giusto merito *della recidiva* il render vano il beneficio della prescrizione non ancora acquistata. Se la recidiva nel sistema del nostro Codice penale fosse *specifica*, come in qualche altro Codice, non ci sarebbe proprio da esitare sulla rettitudine di questa legge. Mentre la giustizia umana va obbliando il delinquente e il suo delitto, colui, già ladro, ruba di nuovo; è chiaro ch'egli ricomincia la sua carriera di ladro, ringiovanisce a così dire la sua colpa, spogliandola di quella vernice di antico che cominciava a ricoprirla. Ma per noi la recidiva è un fatto generale; si è recidivi quando « condannato per crimine o delitto con sentenza divenuta irrevocabile, si commette altro crimine o delitto (art. 114 del Codice penale). Si potrà obbiettare da una critica rigorosa, che può mancare il rapporto di qualità o di quantità; riuscire perciò la disposizione ingiusta. Un condannato per

(a) Art. 2120. Minori non emancipati... interdetti per infermità di mente.... militari o assenti dal Regno.

(b) — Coniugi — soggetti alla patria podestà contro il padre..... tutelati contro il tutore. Art. 2119.

(c) Diritti condizionali, azioni in garanzia pendente il diritto della evizione, ecc. Art. 2120.

(d) Il Mangin nell'art. 357, insegnò che essendo uno processato per *crimine* e per *delitto*, se l'accusa non comprende nel frattanto che il *crimine*, la prescrizione del delitto resta sospesa, mentre la pena di esso dipenderà dalla sentenza sul crimine, che una volta ritenuto, assorbirebbe la pena criminale. Tale è anche per noi il disposto dell'art. 110, del Codice penale. Intorno a ciò non si può fare questione.

omicidio giunto in prossimità di prescrizione si fa reo d'ingiurie verbali. Il beneficio che stava per conseguire dopo 20 anni di quella felicità che godono i contumaci inseguiti dalla giustizia, ecco è perduto! Non può negarsi; la legge è molto severa. Ragionando secondo il sistema del Codice, si può dire che la recidiva fa in effetto rinascere l'antico rannodandolo alle conseguenze penali del novello reato (*a*). Sembra che il nostro legislatore abbia pensato che lo stato penoso di contumacia a lunghissimo tempo protratta possa produrre dei buoni risultati per la moralità del condannato, e getti di poi la longanime pazienza vedendosi fraudato nella sua aspettazione.

**502.** La seconda parte dell'art. 146, è la conferma di questo concetto. È un'ampliazione della prima parte; ed è una dichiarazione che il legislatore doveva fare, altrimenti, in relazione al principio politico, avrebbe potuto credersi che lo Stato non fosse per tenersi offeso da un reato commesso fuori del territorio. Onde si avvalora la idea che colla decadenza dal beneficio della prescrizione, il legislatore abbia voluto colpire, nel punto di vista della moralità, la ostinazione nel male, la perversità incorreggibile.

**503.** Il Codice penale non dice espressamente che il corso della prescrizione dipenda dall'assenza di qualunque atto di processo o dalla posizione stazionaria del processo; ma s'intende. Se la prescrizione non comincia che dall'ultimo atto del processo (*b*), è correlativo che nello stesso modo s'interrompa.

L'ultimo atto del processo, principio e limite della prescrizione, dovrà esser vestito, di ciò non si dubita, di un carattere giudiziario onde per tale si distingua. Il principale e più cospicuo segno di questo carattere è certamente quello che esso derivi da funzionario legittimo: dal funzionario che a quella tale operazione è preposto dalla legge (*c*). Si ha un'analogia strettissima e normale nell'art. 2128 del Codice ci-

(*a*) E così costante la relazione del primo reato col secondo come si legge nell'art. 125 del Codice penale.

(*b*) Quando vi ebbe processo. Art. 137 e seg. del Codice penale.

(*c*) Perciò con ragione si ritiene che atti d'istruzione fatti da un procuratore del Re o da un giudice d'istruzione non competente non sono nella categoria *degli atti d'istruzione* o *di processo* (MANGIN, *Trat.* n. 344-3°). Approvo ancora che non siano da contarsi fra gli atti del processo quelli fatti avanti tribunali esteri ibi-2°), eccetto che per delegazione o con una corrispondenza qualunque coi tribunali nostri.

vile (a). L'atto dev'esser valido per essere operativo; dev'esser legale per innovare una situazione legale sino a un certo punto acquistata e divenuto elemento di un diritto successivo. L'atto è, quando è divisato nella procedura; l'atto è, quando è rivestito delle forme della procedura. Vi è una parte dell'ordine giudiziario che appartiene all'arte ed a quell'arte (da alcuni spregiata perchè non intesa) che nelle sue materiali esigenze costituisce la libertà dei giudizii.

Valido è l'atto e quindi operativo, ciò diceva: è operativo s'intende in quanto, o per se stesso imprime nel processo un cangiamento che la legge riconosce tale, senz'altro seguito, o costringe la parte contraria ad operare, quantunque possa, messo al cimento del giudizio, tornare anche vuoto d'effetto. Grave dottrina di cui una formula è già stanziata nel Codice civile.

504. « È interrotta civilmente (la prescrizione dice l'art. 2125) in forza di una domanda giudiziaria *sebbene fatta davanti a giudice incompetente*, di un precetto o di un atto di sequestro intimato alla persona a cui si vuole impedire la prescrizione, o di qualunque altro atto che lo costituisca in mora di adempiere la obbligazione civile » (b).

Merita di esser messa in nuova luce la teoria, esposta come venne dalla Cassazione francese. È il suo principale argomento, non essere punto necessario che gli atti d'istruzione (e così diremo di qualunque altro del processo) siano confermati dai tribunali; bastare che il magistrato od ufficiale pubblico sia munito di veste legale per far quegli atti; bastare insomma che l'atto sia valido per se stesso e per la sua forma senza poi occuparsi del tribunale che dovrà apprezzarne gli effetti giuridici. L'atto importa e determina *che l'azione della legge è stata messa in esercizio*, dal che consegue l'interrompimento del corso della prescrizione (c).

505. L'azione penale è messa in esercizio ma il magistrato procedente e postulante può avere errato in ragione della competenza; la sua istanza sarà respinta. Egli ha dunque fatto un atto inutile; in ef-

(a) « Si ha come non interrotta la prescrizione, se la citazione è nulla per incompetenza dell'uffiziale che l'ha eseguita, o per difetto di forma... ».

(b) Il Codice nuovo ha saggiamente ampliata la disposizione del precedente Codice (art. 2380) che non indicava a tale effetto che l'atto di citazione.

(c) Articolo 18 *janv.* 1822, MANGIN, *Trat.* n. 356. Conferma F. HELIE, *instruct.* t. III, § 192.

fetto non ha fatto progredire la procedura; bisogna tornare indietro e precisamente al punto da cui si mosse. Sembra perciò, che bastando che l'atto sia valido nella forma, torni indifferente la efficacia giuridica dell'atto medesimo. Ma supponiamo che la domanda sia rigettata per motivi di merito. Supponiamo ancora che la domanda stessa sia perenta.

Non trovo che gli scrittori abbiano esaminata la questione da questo lato; vero è però che quivi pure siamo scorti dal lume dell'analogia, disponendo l'art. 2128, che non è interrotta la prescrizione, *se la domanda è perenta, se la domanda è rigettata.*

La stessa regola bisogna tenere in criminale se non forse a ragione anche più forte. La reiezione importa che l'atto non ebbe ragione di esistere. Tanto più se la domanda, nelle relazioni della procedura, è dichiarata perenta (*a*). Una domanda anco erronea ed ingiusta si svolge nel seno di un processo che possiede tuttavia le sue condizioni di vita, le sue attitudini a raggiungere un vero che è il suo scopo; la perenzione è la morte, il processo più non esiste. Una domanda perenta non è *un atto del processo.*

## § CXIII. — *Continuazione.*

506. Qui tutto è semplice e chiaro; ma la prima ipotesi involve difficoltà che non si possono risolvere senza opportune distinzioni.

La domanda può esser rigettata o perchè non coerente al diritto ossia per ragioni di merito; può esser rigettata per difetto di prove; può esser rigettata finalmente come irregolare.

Nel primo caso non è interrotto il corso della prescrizione (*b*).

(*a*) Mantengo questo linguaggio della legge, avvertendo però che la domanda, a dir proprio, non è perenta, ma perento è il diritto di promuoverla. Ciò che in civile dicesi specialmente della perenzione, in criminale può dirsi di quegli atti che sono realmente fuori del processo in quanto non può, in una data condizione di cose, proseguirsi lo stesso processo, resistendo la regiudicata; come per es. dopo che la Sezione d'accusa dichiarò non farsi luogo al rinvio dell'imputato per difetto di prove, e il pubblico Ministero fece delle nuove istanze senza il menomo sussidio di nuove prove.

(*b*) Per es. il pubblico Ministero ha fatta requisitoria, insussistente in diritto, onde sia rilasciato mandato di arresto contro un imputato. Si tratta di un delitto punibile di pene pecuniarie, o che per qualunque altra ragione legale non ammette l'arresto preventivo.

507. Nel secondo bisogna distinguere fra quelle sentenze che pronunziano una vera e propria reiezione e quelle che, quantunque respingano una domanda, in effetto non fanno che dichiarare la sospensione del giudizio.

Il pubblico Ministero ha domandato che sia rilasciato il mandato d'arresto contro un qualunque imputato. La domanda è rigettata, poichè sebbene trattisi di tale reato per cui si rilascia l'arresto preventivo, il giudice istruttore o la Sezione d'accusa in grado d'appello ha trovato che non c'erano *sufficienti prove e indizii di reità* (art. 187). Simile è il caso di una requisitoria alla Sezione di accusa per lo rinvio dell'imputato alla Corte d'assise, rispondendo la Sezione d'accusa che non si fa luogo per mancanza di sufficienti prove e indizii. Veramente cotali decreti sono condizionali, si risolvono col sopraggiungere di nuove prove, e non hanno altro effetto che di sospender la procedura. Avvertenza più che necessaria a complemento della teoria, ad apprezzare convenevolmente il riscontro d'analogia che ci offre il Codice civile. In materia civile decreti condizionali di questa maniera non si hanno; si decide la questione che si presenta, la questione decisa è tolta dal mondo, e non si conosce veruna maniera di decisioni per le quali, contemplandosi un processo, ossia un complesso di atti e di operazioni giudiziarie, si lasci una posizione indefinita con un addentellato alla continuazione.

Così variati i termini dell'analogia, e la diversa indole dei giudizii in questa combinazione manifestandosi, anche la teoria si differenzia o meglio ancora ne nasce una propria della ragione penale.

Pertanto se il pubblico Ministero propone qualche domanda che si rigetti *pro absoluto*, posto anche per difetto di prova, la sua domanda vana e mal fondata, non avrà abilità d'interrompere il corso della prescrizione, e vincerà la regola stabilita nel Codice civile — *se la domanda è rigettata.* — Ne darò l'esempio. Nelle cause correzionali il pubblico Ministero può procedere per via di citazione che dicesi *diretta* (art. 371 e seg.). Se la domanda è rigettata, la sentenza del tribunale correzionale ha carattere decisivo (a) non semplicemente sospensivo, e il corso della prescrizione non è perciò interrotto.

E la determinazione della legge è molto saggia. È cosa evidente che

(a) Non dico — *definitivo.* — La sentenza può essere tuttavia interlocutoria o incidentale, ed essere decisiva della questione proposta.

se si tenesse conto delle domande rigettate, l'interrompimento della prescrizione si farebbe dipendere da qualunque strano proposito del pubblico Ministero, qualunque domanda insostenibile sarebbe buona: questo giuoco d'azzardo non è permesso. Un atto per sè esistente è già un fatto compiuto, e misura la sua legittimità dalla propria forma; ma una istanza giudiziale non ha altra misura del suo diritto che la sentenza. Una istanza che non si ebbe diritto di fare, deve ben tornare nel nulla; nè può influire sopra un'altra situazione di diritto che si andava formando con elementi contrarii.

508. Io mi confido che la differenza che ho posta sarà perfettamente compresa e sentita. Ed eccone una formula anche più semplice. Una domanda rigettata non interrompe il corso della prescrizione, o abbia per motivo il difetto di ragione intrinseca o il difetto della prova, eccettochè in questo secondo caso non si tratti di sentenza condizionale e sospensiva.

Che diremo di una domanda non ammissibile per la sola ragione della sua irregolarità? Io penso che un atto irregolare, purchè nella propria forma perfetto e di competente funzionario, sia benissimo capace d'interrompere il corso della prescrizione. *Per irregolarità* adunque io non intendo che la mala direzione dell'atto e la inopportunità; come verbigrazia se l'atto fosse diretto alla Sezione d'accusa anzichè alla Corte, o al presidente; se il giudice della istruzione presentasse il suo rapporto prima che la procedura fosse compiuta, e via discorrendo. E tanto più volontieri io vo in siffatta opinione, ch'essa mi porge l'anello che ricongiunge questa dottrina a quella posta di sopra e dedotta dall'art. 2125 del Codice civile.

Difatti il mandare un atto o una citazione avanti giudice incompetente, non è che irregolarità. Data la primaria condizione, della perfezione della forma, l'atto, comunque irregolare, interrompe il corso della prescrizione perchè sostenuto dall'intrinseca sua virtù, perchè contiene un fondo di diritto. Ma qui un'altra osservazione occorre in questa materia sottile ed è l'ultima. Io mi trovo anche una volta coll'art. 2125 e bramo sapere se, dicendo che la citazione benchè fatta avanti tribunale incompetente, interrompe la prescrizione, abbia con ciò voluto dire che *ogni citazione* cosiffatta interrompa la prescrizione; o soltanto che vi può essere citazione così irregolare, atta nonostante a interrompere la prescrizione. Io non posso non osservare che l'art. 1225 *parla di atti costituenti la mora* di una ob-

bligazione, e per conseguenza di atti che hanno, almeno apparente, un fondamento giuridico. Quella disposizione adunque a sottile scrutatore appare fra certi limiti e, si direbbe quasi, speciale. Ora figuriamoci una citazione, che al vizio già perdonato di essere fatta avanti a giudice incompetente, ne aggiunga un altro, quello di essere evidentemente incompatibile colla legge giudiziale. Fu già una lite intorno a quella obbligazione, e la lite andò perenta. Cominciò quindi il corso prescrittivo della obbligazione per interrompere il quale dal supposto creditore fu inviata una citazione (riproducente la istanza medesima) non avanti a giudice competente ma avanti ad incompetente, onde, respinta, poterne dedurre che in forza dell'art. 1225 la prescrizione deve ritenersi interrotta. Si capisce facilmente che costui non potrà vincere il punto perchè gli verrà risposto che, essendo la lite caduta in perenzione, non poteva risuscitarsi la istanza. È un esempio, ma altre ipotesi non meno chiare possono farsi. Tiriamo una conseguenza che limita, e spiega, se meglio piace, il concetto dell'art. 2125, e le sue risultanze. *La citazione avanti giudice incompetente non interrompe la prescrizione, eccettochè la domanda proposta non si trovi evidentemente inammissibile in diritto.* Questa teoria si trasporta proprio come sta al giudizio criminale. E sarebbe assurdo che non potendo quella domanda ottenere l'ambito effetto regolarmente proposta, potesse ottenerlo in premio della sua irregolarità.

## § CXIV. — *Prescrizione delle condanne contumaciali.*

(MANGIN, *Compendio*, n. 156).

509. Le sentenze contumaciali si reputano condizionali non esistendo che alla condizione che il condannato non si presenti per difendersi: la sua comparsa dissipa la sentenza di condanna che si ha come non mai esistita (*a*). Ma fra codeste e le altre sentenze che vivono sotto la minaccia per così dire di una condizione risolutiva, corre il ben notevole divario, che alle prime succede sempre la sentenza definitiva, le ultime, risolvendosi, non fanno che riaprire il processo. Giusta una nomenclatura abbastanza significativa, le une

(*a*) Questo è sempre l'effetto della purgazione della contumacia, soltanto variano i modi della purgazione. Art. 529 e seg. del Codice di procedura penale.

sono *definitive condizionali*, le altre *interlocutorie condizionali* (a); si dileguano e il processo continua; esso tende pur sempre alla sentenza che è il suo termine naturale, ma si potrebbe non cumulare materia sufficiente e pronunciarsi una nuova sospensione. Non si tratta che di *condizioni risolutive* nelle sentenze penali, non mai di *condizioni sospensive;* ma toltane questa predisposizione che ha la sentenza contumaciale di risolversi per dar luogo alla difesa, *il suo carattere è definitivo.*

510. Quando il contumace si presenta in giudizio per difendersi potrebb'esser già passato un tempo bastante a prescriver l'azione penale (b). Si tratta per esempio di un reato che porta la pena dei lavori forzati a vita, e meglio che venti anni sono trascorsi dalla condanna. Ora il contumace presentandosi s'introduce con questo ragionamento: la sentenza per la mia comparsa in giudizio ha cessato di esistere; io che non sono più colpito dalla sentenza non ho contro, a miei danni, che l'azione penale che mi spinge addosso un nuovo processo. Ma fortunatamente già scorsero venti anni; e l'azione penale è prescritta (c). Per cui libero quest'uomo dalla condanna contumaciale, si è pure liberato dal processo.

Una difesa di questa maniera, già prevista da qualche scrittore (d), involve una confusione d'idee. L'azione penale si consumò colla sentenza definitiva; essa produsse il suo effetto. Da quel tempo in poi, la prescrizione cominciò a decorrere non già contro l'azione ma contro la condanna. La causa è entrata in una fase assolutamente nuova. La comparsa del condannato annulla la sentenza e da quel momento l'azione penale risorge; il suo punto di partenza è la comparsa stessa del condannato. Un nuovo corso prescrittivo ricomincia e, se potesse mai supporsi che essa dormisse sul processo sino a compierne il termine legale, ma solo in questo caso, la prescrizione dell'azione penale sarebbe acquistata all'accusato. La forza di questo argomento è tutta nel carattere definitivo della sentenza contumaciale mediante la quale

(a) Tali sono le sentenze della Sezione d'accusa, non farsi luogo a rinvio per insufficienza di prove, tali generalmente le sentenze liberatorie, non definitive, proferite per questa causa.

(b) Più favorevole all'imputato in ragione di tempo.

(c) Il condannato avrebbe un bel giuoco; la prescrizione della pena non si compie in quel caso che con trent'anni (art. 137 del Codice penale).

(d) MANGIN, *Trat.* n. 340.

l'azione penale ottenne il suo scopo, si consumò appunto nel conseguimento del fine; è quindi assurda, impossibile, la idea della prescrizione. La prescrizione ha per base un diritto; la sua funzione per così dire corrosiva e lentamente distruttiva, non si esercita che sopra un diritto esistente. Finchè il magistrato dell'azione penale ha il diritto di agire, si comprende che questo diritto possa prescriversi: dopo la sentenza di condanna il magistrato dell'azione penale rimase esautorato, mi si permetta la espressione poco precisa; il processo ebbe termine.

Ben si scorge che avviene tutt'altro relativamente a quelle sentenze che lasciano tuttavia pendente il processo. L'azione penale dura rivestita delle sue facoltà; vive e veglia; e può colpire volendo o potendo. Supposto che non venga meno in lei la volontà e la diligenza ma il potere, la prescrizione corre nondimeno; il potere però che in tal caso mancherebbe, sarebbe un potere *di fatto* non un potere *di diritto*.

511. Proseguirò il discorso per dare alcuni schiarimenti agli articoli 143 e 148 del Codice penale.

Art. 143. « Se il condannato in contumacia fosse in seguito sotto« posto ad un giudizio contraddittorio in cui risulti che il suo reato « importa una pena inferiore a quella che gli è stata inflitta dalla « condanna contumaciale, nel determinare s'egli abbia o no acqui« stata la prescrizione, *si avrà solamente riguardo alla qualità della « pena che gli dovrebb'esser applicata colla nuova sentenza* ».

Art. 148. « I condannati in contumacia, nel caso in cui rimanga a « loro favore prescritta la pena, non potranno essere ammessi a pre« sentarsi per purgare la contumacia ».

Può domandarsi se quest'ultima disposizione è scritta in odio del condannato, o nell'interesse della giustizia, o in qualche ragione di utilità; ed io credo per tutti questi rispetti insieme. Si dirà per avventura che la prescrizione, per ciò che fu già osservato, rappresenta un diritto della individualità comunque colpevole; che non è una mera creazione del legislatore; che non deve il legislatore imporvi degli oneri come si farebbe a un benefizio gratuito. Si risponde, che in questo modo non si lede il beneficio o diritto della prescrizione il quale colla liberazione ottiene perfettamente il suo scopo. Si tratterebbe invece di un altr'ordine di diritti; del diritto di comparire in giudizio a purgare la contumacia. È pur questo un diritto che il

legislatore non può negare; ma altro è del termine per esercitarlo. La ragione dei termini appartiene al diritto secondario ed arbitrale, a quel tecnicismo che è in dominio del legislatore, ch'egli governa colla sua prudenza. S'egli ordina che nel lasso di dieci, di venti, di trent'anni, il diritto di purgare la contumacia è perento, perchè nol potrà? Non ispetta forse a lui stabilire le condizioni onde il diritto di purgare la contumacia può regolarmente e utilmente esercitarsi? E la misura del tempo non è che una condizione dell'esercizio medesimo. Acquistare un diritto e perderne uno diverso, non equivale; nè dal godere il primo può inferirsi che si abbia a godere altresì il secondo. E il legislatore molto ragionevolmente adopera il suo legittimo arbitrio. Il condannato abusò del tempo; il suo contegno non è senza frode; la diuturna sospensione disperse tutte le prove, pose la giustizia nella impossibilità di raccoglierle di nuovo. Il condannato si appresta a schernirla quasi a colpo sicuro. Se in qualche cosa è censurabile la legge, è nell'aver accordato un termine troppo lungo.

512. Ma intanto come si conciliano quei due articoli? Per l'articolo 148 il condannato in contumacia a cui favore fu prescritta la pena, non può essere ammesso a presentarsi per purgare la contumacia. Eppure l'art. 143 propone il caso di un condannato in contumacia, di un giudizio contraddittorio, di una eccezione di prescrizione. Dopo la prescrizione il condannato non può presentarsi, non sarà dunque caso di poterne discutere. E prima la prescrizione non sarebbe acquistata. Non vi ha dell'antinomia fra codeste leggi? Unica spiegazione è questa: che l'art. 148 parla della *comparsa volontaria* del condannato; e l'art. 143 della sua comparsa *involontaria e forzata*, quando caduto in potere della giustizia si difende con quella eccezione (a).

Nel suo intrinseco la disposizione della legge è supremamente giusta. Un condannato in contumacia alla pena dei lavori forzati per venti anni, dissipata la sentenza, e costretto a difendersi, prova che invece di una grassazione, non deve rispondere che di un furto semplice. La prescrizione ragguagliata a questo genere di reato sarebbe

(a) Le stesse espressioni dei due articoli lo dimostrano. — Art. 143. Se il condannato... *fosse in seguito sottoposto ad un giudizio...* Art. 147 *non potranno essere ammessi a purgare la contumacia...*

compita. Egli è assolto (a). E deve andar così anche per esser logici. La sentenza contumaciale non esiste più ; ed il fingere che una sentenza di furto semplice fosse stata emanata sin d'allora, è in effetto il collocare la verità al suo posto.

## § CXV. — *Della prescrizione e delle incapacità civili che seguono dalla condanna.*

513. Le condanne criminali *traggono seco* (userò la frase della legge) altre pene che ne sono il doloroso corredo e la conseguenza.

Quindi la perdita dei diritti politici, la interdizione dai pubblici uffizii, l'interdetto legale conseguono dalla pena capitale, dalla pena dei lavori forzati a perpetuità o a termine rispettivamente, art. 20, 21, 22 del Codice penale (b).

La prescrizione essendo un modo di estinzione della pena, fece nascere gravi controversie intorno alla retroattività dai suoi effetti per quanto riguarda le altre pene ad essa congiunte, o conseguenti.

Ne fa testimonianza l'illustre Merlin nel *Répert.* V. *Prescription.* Ricorda l'antica usanza di togliere il cominciamento della prescrizione della condanna (almeno nelle cause capitali) dal momento in cui la sentenza è stata eseguita; il che si riferiva alle condanne capitali solite ad eseguirsi in effigie (c). Più liberali gli statuti posteriori, contano il termine dalla pronuncia. La distinzione fra la condanna che sem-

(a) La Corte d'assise non pronuncia la condanna; ammette la eccezione della prescrizione in corrispondenza del furto semplice, si ha riguardo soltanto alla qualità della pena che *gli dovrebb'essere applicata.*

(b) L'art. 20 del Codice penale parlando degli effetti civili delle pene di morte e dei lavori forzati a vita dichiara che da tali condanne deriva la perdita dei diritti politici *e di quelli specificati nell'art. 44 del Codice civile delle antiche provincie del Regno.* Precisa espressione dell'art 20. E rispondeva difatti l'art. 44 del Codice albertino: tradizione antichissima che risale al diritto romano *L.* 29, *D. de poenis.* « Qui ultimo supplicio damnantur statim et *civitatem* et *libertatem* perdunt; itaque occupat hic casus mortem et nonnumquam longum tempus occupat; quod accidit in personis eorum qui ad bestias damnantur; saepe ideo servari solent post damnationem ut ex his in alios quaestio habeatur ». *L.* 8, *de postul. L. C. ex quib. causis infam.* Il nuovo Codice civile (25 giugno 1865) non ha un articolo corrispondente nè leggi che dichiarino che a quelle pene criminali vada congiunta la perdita dei diritti civili.

(c) Che è conforme al Codice Napoleone. Art. 26.

pre sussiste, e la pena da cui la prescrizione libera il condannato, splendeva alla mente di Merlin quale norma sicura per risolvere ogni dubbio.

514. La nostra legge penale dettò i suoi criterii negli art. 137 e 138.

Art. 137. « Contro la sentenza di condanna a pena di morte e dei « lavori forzati a vita, la prescrizione si acquista a favore del con- « dannato col trascorso di anni trenta compiti a cominciare dal giorno « della sentenza. *Il condannato però non rientrerà in quei diritti « nè rientrerà in quella capacità di cui fu privato per la sentenza* ».

Art. 138. « Contro le sentenze di pene criminali minori della morte « o dei lavori forzati a vita, la prescrizione si acquista in favore del « condannato col trascorso di venti anni compiti a cominciare dalla « sentenza. *Se però la sentenza aveva inflitta una delle pene che la « legge riguarda come infamanti, il condannato non rientrerà nel- « l'esercizio dei diritti politici di cui nel primo alinea dell'arti- « colo* 19 (*a*).

La portata o estensione dei due articoli è assai diversa; il primo, siccome è giusto, contiene un maggior cumulo di privazioni che il secondo. La perdita *dei diritti politici e dei diritti civili* conseguita dalla pena di morte e dei lavori forzati a vita. Nell'uno e nell'altro caso si piomba nell'abisso e si sparisce dal consorzio umano. Il condannato ai lavori forzati a tempo, o alla reclusione, se sono applicabili le specialità dell'art. 21 del Codice penale, non decade che dall'esercizio dei diritti politici e patisce l'interdetto dall'amministrazione de'suoi beni (*b*).

Queste sono le disposizioni del Codice penale; ma la nozione dei diritti civili e della loro perdita è fuori di esso e non può trovarsi

(*a*) Gli effetti della liberazione per via di grazia o indulto sono dichiarati nell'art. 138. « Estinguendosi il reato e le pene cogl'indulti o con ispeciale grazia sovrana avrà pur luogo la disposizione dell'articolo precedente ». Gl'indulti e il decreto di grazia lasciano intatta l'azione civile per la riparazione del danno derivato dal reato e per la riscossione delle spese del processo; e non comprendono le pene pecuniarie e le confische spettanti all'erario dello Stato, salvochè nella parte che non sia ancora stata soddisfatta.

(*b*) *La interdizione dai pubblici ufficii* è la privazione di tutti i diritti politici, importa esclusione perpetua da ogni funzione, impiego, ecc., la perdita di tutte le decorazioni nazionali ed estere, di tutti i distintivi d'onore civili e militari, ecc. Art. 19 del Codice penale.

che nel Codice civile. E in vero l'art. 20 comprende espressamente cotale relazione; ma, come qualche volta succede quando si vuol far troppo, la relazione essendo specifica, si corre pericolo di vedere l'articolo 20 privato della sua grande comminatoria *della perdita dei diritti civili*, mentre che a lui piacque riportarsi specificamente all'art. 44 del Codice albertino, oggi abolito (a) e non surrogato da altra legge corrispondente.

515. Io non voglio entrare in un esame profondo; ciò spetterà a coloro che assumeranno di filosofare sul nuovo Codice che nel primo libro porgerà ad essi materia buona. Mi permetto nondimeno alcune osservazioni; vedere come procede la civiltà, ed a qual punto siamo. Il Codice Napoleone consacrava l'odioso titolo di *morte civile*. La morte civile è uno dei prodotti della condanna di morte, ed in più casi delle pene afflittive perpetue. Di tal modo la morte civile anticipa sulla morte naturale, e la precede, anzi può stare senza di lei. La morte civile trovò la logica del Codice Napoleone abbastanza compiacente per potere far compagnia ad un uomo condannato in perpetuo, ma ancora vivente. Per la morte civile, dice l'articolo 25 « il condannato perde la proprietà di tutti i beni che possedeva; si apre la successione a vantaggio dei suoi eredi ai quali si devolvono i di lui beni come se fosse morto naturalmente e senza testamento ». È inviato a dirittura nel sepolcro; l'infame epitaffio e l'immobile pietra attestano che per lui già suonò l'ultima ora.

Dopo trent'anni il Codice civile di Sardegna abolì colla parola anche la sostanza della morte civile e la servitù della pena; secondo quel Codice il condannato non era spogliato della proprietà dei suoi beni, non si apriva la successione di lui, non si considerava come morto. Era privato del possesso, della disponibilità del suo patrimonio; non poteva succedere nè acquistare in virtù di donazione tra vivi nè di testamento salvo che per causa d'alimenti; non esercitare i diritti della patria podestà, non tutelare, non testimoniare, nè stare senza curatore, in giudizio (b). Tutte queste incapacità sono perfettamente correlative allo stato del condannato a perpetuità; seguono la

(a) Colla pubblicazione del nuovo Codice civile.

(b) La brutale commedia del supplizio in effigie si è venuta dileguando dai Codici delle nazioni civili; non vi è che la esecuzione vera e reale della pena di morte che faccia luogo alla successione effettiva del condannato, sempre legittima e non mai testamentaria. Art. 47 del Codice albertino.

natura delle cose, rappresentano la materiale e morale impossibilità della sua azione; sono improntate eziandio del carattere della penalità, senza eccedere la misura, senza finzioni crudeli, e senza essere più irreparabili della pena principale. Difatti, sotto questo rapporto, il condannato è considerato come assente; i suoi beni sono posseduti dagli eredi presuntivi ma a titolo d'amministrazione o almeno provvisorio. Se per una fortunata combinazione si scoprisse la innocenza del condannato, facilmente le cose saranno restituite in intero; e non si dirà che per un'arrogante presunzione d'infallibilità, la legge ha contato sopra una condanna irretrattabile.

516. Il nuovo Codice civile si astiene, e certamente con maturo proposito e con volontà, da qualsivoglia disposizione su quella materia. Fu intenzione dei legislatori di abrogare le precedenti; o pensarono che il loro luogo fosse piuttosto quello del Codice penale riservandosi di statuirne in una riforma più o meno vicina? Il nuovo Codice che ha fatto dei passi da gigante nelle vie della libertà, avrebbe creduto che ogni incapacità penale non sia che una servitù e una degradazione incompatibile colla dignità umana ch'esso ha voluto persino rispettare nella persona di un gran colpevole? Se ciò fosse il legislatore avrebbe torto. Io proclamo ben altamente che la pena eccede e diventa barbara, incivile, inumana, se offende, schernitrice e crudele, la dignità personale sempre rispettabile in tutti e per tutto; s'essa oltrepassa la dolorosa necessità del punire, com'eccede il terribile diritto della guerra il mutilare a sangue freddo e l'opprimere di catene il prigioniero reso inoffensivo: ma nulla di questo. La incapacità civile è un naturale soggetto di pena, com'è naturale che il testimonio abitualmente o non abitualmente spergiuro, sia dichiarato incapace di testimoniare in giudizio; e il tutore infedele di presiedere ad altre tutele. Io dico naturale ciò che è logico; ed è logico che un condannato a tali pene quali sono i lavori forzati in perpetuo o a tempo lunghissimo, non debba in quella guisa che non può amministrare i proprii beni, fare quegli ufficii civili che esigono materiale libertà di azione e i requisiti della probità e dell'onore (a).

517. Premesse queste avvertenze che intendono meno a fare una critica che a richiamare l'attenzione dei legislatori su quella specie di

(a) E così diremo della incapacità di fare testamento; uno degli atti più gravi e solenni della vita civile.

lacuna che sembra lasciare il nuovo Codice civile colle relazioni alle quali tuttavia appella il Codice penale, ritorno al mio tema; e accetto scientificamente il principio posto dagli articoli 137 e 138 sull'effetto della prescrizione della condanna penale.

La condanna esiste: è una cosa giudicata piena di tutta quella efficacia e morale e giuridica che le è propria. Gravi considerazioni hanno persuaso che dopo un lungo corso d'anni il condannato si ritenesse liberato dalla pena, ma s'intende la pena afflittiva, quella che gli è personale. Questo modo di liberazione più umanitario che civile non potrà mai confondersi colla riabilitazione; le incapacità civili, incorse, durano perchè in effetto sono permanenti e durevoli quelle cause da cui si generarono.

518. Questo esame può portarsi un po' più avanti nel rapporto delle sentenze contumaciali.

Disponeva il Codice albertino nell'art. 52 che le condanne capitali in contumacia non producono la perdita dei diritti civili se non scorsi cinque anni dal giorno della pubblicazione della sentenza, senza che il condannato siasi presentato, o sia stato preso e carcerato. Nel giro dei primi cinque anni, dati a purgare la contumacia, il condannato perde il possesso dei suoi beni che vengono amministrati dagli eredi legittimi (presuntivi) con obbligo di render conto di restituire tre quarti dei frutti (art. 53). Nei cinque anni presentandosi, volontariamente o no, il condannato, e la sentenza *de jure* annullandosi, veniva restituito nei suoi beni e nuovamente giudicato; la seconda sentenza era la sola norma pel suo trattamento avvenire (art. 54). Ma passato quel periodo e annullata la sentenza contumaciale per la comparsa del condannato, se altra ne fosse pronunciata favorevole a lui o di piena assoluzione o di condanna ma non involvente la perdita dei diritti civili, l'accusato rientrava nel possesso dei suoi diritti conservando per altro la prima sentenza gli effetti che avesse prodotti nell'intervallo decorso dopo la scadenza dei cinque anni sino al giorno della di lui comparsa in giudizio (art. 56). Era, si direbbe quasi, un periodo di resipiscenza che la legge largiva al condannato nel capo onde, *melius consultus*, si presentasse: non escluso di godere gli stessi vantaggi posto che dalla forza fosse costretto (art. 57) (*a*).

(*a*) L'art. 58 si estendeva alla prescrizione. « La prescrizione della pena non reintegrerà mai il condannato nei suoi diritti civili che pel tempo avvenire ». L'ar-

Secondo questo sistema il condannato in contumacia quand'anche riporti la più solenne dichiarazione d'innocenza, è restituito bensì nel possesso della sua integrità personale e nella pienezza dei suoi diritti politici e civili, ma non è mai interamente ristorato delle sue perdite materiali; e se non si affretta di far valere le sue ragioni, il danno che soffre è molto più grave.

Ma quel sistema del Codice albertino fu conservato dalle leggi penali del 1859? Sussiste ancora dopo il recente Codice civile?

Era motivo di dubitarne, rapporto alla legislazione penale del 1859, il vedere che l'art. 21 del Codice non richiamava altra disposizione che l'art. 44 del Codice albertino; e che nella procedura penale l'articolo 529, in sembianza molto liberale, stanziava che — il condannato in contumacia *in qualunque tempo* si presentasse volontariamente, o si costituisse in carcere, o pervenisse in potere della giustizia *prima che la pena fosse prescritta*, sarebbe sentito nel merito della causa ed ammesso a fare le sue difese come se non fosse mai stato contumace. — Contuttociò questo medesimo articolo poche linee più avanti, ha queste parole — *nel caso in cui la condanna contumaciale importasse la perdita dei diritti civili, si osserveranno le disposizioni degli art.* 52 *a* 58 *inclusivamente del Codice civile delle antiche provincie del Regno* (a). Eccoci adunque a piene vele rientrati nel sistema albertino.

519. La legislazione subisce una nuova fase; è un momento di transizione, io credo; ma tali momenti sogliono essere i più difficili. Nell'aspetto del dubbio, io mi augurava che per uno spirito di libertà non bene inteso, non si facesse grazia ai condannati nelle pene supreme di quelle incapacità civili che l'art. 44 del Codice albertino enumera e descrive. Ma il dubbio bisogna intanto risolverlo; e io lo risolvo nel senso della conservazione della legislazione attuale, malgrado il ponderoso silenzio del nuovo Codice civile. Di una cosa sola si ha certezza: che quelle disposizioni non fanno parte del nuovo Codice, molto probabilmente perchè si stimò sede non opportuna di penalità che pure si abbarbicano al reato ed emanano da quella principale

ticolo 58 implicandosi col 37, raccozzava ragioni giuridiche e viste politiche, sorpassando in ciò i rigori del Codice civile francese dal quale il legislatore sardo aveva tolto il suo sistema.

(a) È noto che quella legislazione usciva dopo l'acquisto della Lombardia.

che ad esso si applica. Se ciò sussiste, come io ritengo, non si ebbe in animo di derogare a quella parte di legislazione che è sostenuta da altre leggi in vigore e che rimarrebbero turpemente mutilate, informi, inintelligibili. Mettendo a confronto l'espresso col non espresso, il positivo col negativo meramente implicito, è palese che il primo deve prevalere ove non involva vera e assoluta incompatibilità coi novelli ordinamenti.

## § CXVI. — *Delle attinenze prescrittive fra l'azione penale e l'azione civile in ordine al tempo.*

(Mangin, *Compendio*, n. 163 a 166).

520. L'azione penale si prescrive più lentamente quanto maggiori e più gravi sono i reati; poi il termine si viene restringendo; da venti e da dieci anni discende ai cinque, ai due, ad un solo anno, a sei mesi, ad un mese (art. 137 a 141, del Codice penale). È stato deciso che l'azione penale, verificato uno di quei termini, è caduta in prescrizione; ovvero, indipendentemente da ogni sentenza, si dimostra a regola di diritto, che l'azione penale è prescritta. Quale sarà il destino dell'azione civile? Essa pur muore, colpita dallo stesso genere di morte; prescritta l'azione penale, anch'essa rimane prescritta (*a*).

Vi è forse qualche rimedio, vi è modo di sfuggire con qualche opportuna cautela a tanto rigore della legge? Il danneggiato, l'offeso, che ha tutto l'interesse a mantenere acceso il processo dal quale la sua propria azione dipende, in forza di questo medesimo interesse non potrà soccorrere con atti interruttivi alla inerzia del pubblico Ministero, o sfuggire la comminatoria coll'esercitare separatamente l'azione civile dalla penale avanti il giudice civile?

521. Si risponde alla duplice questione: 1° che la prescrizione dell'azione penale non s'interrompe dagli atti civili, eccettochè la stessa azione penale non sia mai stata intentata; 2° che l'esercizio separato dall'azione civile non influisce sulla prescrizione dell'azione penale.

(*a*) Codice penale art. 149. — « Colla prescrizione dell'azione penale sarà prescritta anche l'azione civile pel risarcimento dei danni, dovuto alla parte danneggiata od offesa... ».

L'azione penale è assorbente; la civile è considerata come conseguenziale e derivativa. Quindi *la prevalenza* (non già l'assoluto dominio, si avverta bene) della via giudiziaria ad essa compete. Al suo apparire l'azione civile è sospesa; si eclissa, permettetemi la frase, in quella apparizione grande e solenne della giustizia penale. Ridotta alla sua parte, in ordine all'esercizio, meramente secondaria, porgendosi quale una conseguenza, come io accennava, non essendo più che uno dei risultati della stessa azione penale, non avendo più che un esito condizionale, nessuna influenza può venire da lei sull'esercizio dell'azione penale che è pienamente nella podestà del magistrato. I limiti delle azioni persecutorie devono sempre considerarsi come un diritto della individualità imputata, diritto che si attiene a quelle ragioni di libertà che la legge le acconsente a fronte dei rigori onde la giustizia si arma contro il delitto. L'imputato adunque acquista il gius negativo di non poter essere perseguitato dopo un certo periodo d'inerzia, giacchè dopo quel periodo le sue condizioni di difesa sarebbero deteriorate o per un altro motivo qualunque di pubblica utilità. I mezzi pertanto, o gli argomenti interruttivi della prescrizione, non possono essere che della natura di quelli che sono proprii del procedimento penale, nè possono esser tratti dalle fonti del processo civile che ha un carattere e uno scopo essenzialmente diverso.

Da ciò consegue che il metodo qualsivoglia tenuto dalla parte danneggiata dirigendo i suoi atti piuttosto al giudice civile che al penale, non influisce a mantenere una separazione assolutamente illegale; ed è giusto che per tali accidenti non possa defraudarsi un gran principio che abbraccia interessi superiori e posti affatto fuori dalla podestà privata.

Se non che l'azione civile sospesa, assorbita, eclissata finchè si vuole, dominata e ridotta alle proporzioni della durata dell'azione penale, come or ora diremo, non perde la sua sostanzialità, e la esistenza che le è propria. È certamente un singolare fenomeno del diritto giudiziario che forse non fu mai esaminato sì ampiamente. L'azione penale potrebbe non intentarsi, o per vera trascuranza, o per collusione degli agenti del diritto, o per difetto di sufficienti prove a fondare un processo utile. *La ragione della prevalenza cessa perchè non usata.* Colui che si rese responsabile di danni, anche gravissimi, colui che abusò di un deposito appropriandosi di grosse somme; o con improbe diffamazioni causò la rovina di un negoziante, non perse-

guitato dall'azione pubblica, sarà francato eziandio delle responsabilità civili? Ciò sarebbe assurdo e contrario ad ogni elementare nozione della giustizia. L'iniziamento dell'azione penale è un *gius quaesitum* di procedere attribuito al magistrato che senza rappresentare l'interesse privato secondo la volgare opinione, riunisce in se stesso tutte le garanzie della rettitudine e della scienza. La idea stessa di un reato viene a sparire dalla coscienza pubblica per lo abbandono della procedura; e rimane in presenza l'oggetto privato. *La dipendenza è nell'esercizio*, lo ripeto; il privato danneggiato od offeso è sempre libero nella sua azione, nel silenzio dell'azione pubblica (§§ XXX, XXXI), e purchè la promuova nel termine legale, e il suo giudizio non cada in perenzione, nella sua efficacia la mantiene.

522. Pertanto ove per alcuno si domandi *se l'azione civile sopravviva alla penale*, avrà cura primieramente di rettificare il linguaggio. L'idea del sopravvivere suppone due esistenze contemporanee. Ora se l'azione penale e la civile sono contemporanee nel loro esercizio, la civile che restò sospesa, non ottiene il suo effetto che posteriormente alla consumazione dell'azione penale; e in questo senso potrebbe dirsi che sopravvive. Se l'azione penale non fu mai istaurata, se l'azione civile si svolse liberamente nella propria sfera, se fu conservata mentre la penale andò prescritta, non può dirsi veramente che sopravvive, ma piuttosto che vive dell'intera sua vita.

Alla questione delle parole io soglio dare più importanza di quello che comunemente si usa, ma lasciando stare di questo e toccando della qualità degli atti che importano l'interrompimento dell'azione civile, è da avvertire come un atto appartenente alla penalità può non avere alcuna influenza nel processo penale e partorire invece effetti utili al giudizio civile a cui, almeno apparentemente, non si associa. Le denuncie e le querele sono impotenti a creare il processo penale e a mantenerlo declinante in prescrizione se il reato è di azione pubblica; ma sono atti legittimi d'interruzione rapporto all'azione civile (*a*). E questo consegue dalla già premessa considerazione: non doversi dagli accidenti dedurre conseguenze normali, ma la efficacia giuridica degli atti corrispondere alla natura del loro oggetto.

Così fermato che l'azione penale non si preserva dalla prescrizione per atti d'indole civile, passiamo alla questione del termine.

(*a*) Mangin, *Trat.* n. 366.

## § CXVII. — *Continuazione.*

523. Giova aver presente l'intero art. 149 del Codice penale.
« Le condanne civili pronunciate per reati di pena criminale correzionale e di polizia, si prescriveranno secondo le regole stabilite dalle leggi civili. Colla prescrizione dell'azione penale sarà prescritta anche l'azione civile pel risarcimento dei danni, dovuto alla parte danneggiata od offesa. Ma l'azione in restituzione o in rivendicazione del corpo del reato o delle cose derivate da esso, non si prescriverà se non in conformità delle leggi civili ».

524. La prevalenza e poziorità dell'azione penale per quanto riguarda il giudiziario esercizio, porta logicamente, che prescritta l'azione penale si abbia eziandio prescritta la civile, perchè com'effetto non può avere vita più lunga e durevole della sua causa. In tal caso, rigorosamente parlando, non potrebbe dirsi che ugual termine di durata è assegnato alle due azioni; ma piuttosto che non potendo l'azione civile del danno essere operativa se l'imputato è assolto dal reato, ne segue che essendo la prescrizione una delle cause per cui un imputato si assolve e si libera dal giudizio, di necessità l'azione civile vien meno. Ma sotto l'aspetto della indipendenza delle azioni, e nella ipotesi particolarmente che la sola azione civile occupi il campo nel silenzio dell'azione penale, si avvera con tutta precisione che all'una e all'altra azione un solo termine è assegnato, malgrado che le azioni di diritto civile, generalmente parlando, si prescrivano in assai più lungo termine (*a*).

Perchè questo? Perchè amendue le azioni derivano dalla stessa causa, sono generate dallo stesso padre, il reato (art. 1° Codice di procedura penale). Può obbiettarsi che in molti casi (da noi medesimi avvertiti ai luoghi opportuni) l'azione penale non si muove, il processo criminale non nasce perchè effettivamente non può nascere e per la natura stessa degli eventi, come se il reo fosse morto prima di essere notato dalla giustizia; e nondimeno si procede civilmente contro gli eredi del creduto colpevole. Ciò posto, perchè l'azione civile

(*a*) L'azione del danno si prescriverebbe in trent'anni. (Art. 2133 del Codice civile). Ma se il danno deriva dal reato si prescrive da 20 anni ad un mese secondo la specie del reato.

non è regolata dalla legge civile? Spogliata di criminalità e dell'attitudine sua propria di colpire con pene afflittive la persona del reo, sembrerebbe cessare la ragione per la quale il termine gradatamente si restringe (a); la questione rientra interamente nel dominio della legge civile.

Contro la quale obbiezione ai giuristi basta il *sic voluit: lex est*. La ragione della legge, anche senza pigliare incarico di giustificarla, ci sembra esser questa. Il concetto dominante è penale. È il reato e il suo modo d'esistenza; è l'azione attribuita all'opera del magistrato; tutto il resto si considera secondario, accessorio, dipendente. Se l'azione civile sfugge talvolta alla presa e si svolge in una sfera indipendente, non è questo il corso ordinario delle cose; e *in his quae ut plurimum accidunt jus constitui oportet*. La semplicità, la uniformità è necessaria; non si potevano preconizzare tutte le fasi del giudizio per applicarvi diverse forme di prescrizione. Tali motivi piuttosto estrinseci, hanno condotto io credo il legislatore il quale però sentiva che al metodo non era punto sagrificata la sostanza del diritto, mentre restringeva la durata di un'azione, a qualunque termine diretta, estremamente odiosa.

Adunque l'azione civile per lo risarcimento dei danni derivata dal reato dura quanto l'azione penale; e questa massima ci pare ferma, inconcussa, senza eccezione.

525. Quelle che possono sembrare limitazioni non sono che aspetti diversi della questione ravvivata da nuovi elementi giuridici.

Tre posizioni di diritto si presentano al nostro esame.

La prima non può avere per noi che la forma di problema, non essendo risolta dalla suprema autorità della legge. Le altre due sono veri teoremi, decisioni legislative.

Se l'azione (civile) che noi proponiamo non è che la esecuzione di un contratto, non sarà forse per gli effetti della prescrizione (meno favorevole al debitore) regolata dalla legge civile, quantunque la violazione che diede causa al giudizio sia stata commessa per mezzo di un delitto?

(a) Bourgnignon e Carnot pensarono che quando l'azione civile si esercita separatamente dalla penale, non soggiace che alla prescrizione civile; ma ebbero il torto di far dipendere dal fatto della parte e dai meri accidenti del giudizio la posizione di un principio; la vera questione sta invece nella differenza dell'oggetto dello stesso giudizio quando la questione penale non è più possibile.

Mettiamo subito l'esempio. Una società industriale costituisce il suo cassiere e costui presta garanzie e si obbliga contrattualmente a conservare le somme che verrà riscuotendo e di pagarle in tempi e modi determinati. Indi, rubati i danari, si dà alla fuga. Non si muove querela e non si fa il processo, e intanto passano gli anni e l'azione penale si prescrive. Venuto alla direzione dello stabilimento un più solerte amministratore, cita l'infedele cassiere onde paghi il debito. Potrà utilmente opporre che il fatto suo è un reato; che l'azione del reato essendo prescritta, cade pure in prescrizione l'azione civile pel pagamento del debito, per la restituzione dei danari involati?

Presentata in questi termini, la questione è decisa. La domanda è appoggiata alla convenzione e al fatto della deficienza del danaro: l'obbligo di riparare al vuoto di cassa non deriva dal peculato o dal furto, deriva dallo stipulato. Vi è nulla di più mostruoso quanto il cercar difesa nel delitto? No, io non sono semplicemente un debitore, sono un ladro; e come ladro ho diritto di esser assoluto, essendo l'azione del furto prescritta! Al contrario il creditore dice io non so se siate un ladro; per me nol credo; presumo che non abbiate avuto sì malvagia intenzione; vi tratto semplicemente come un debitore: pagate.

Niuna dimostrazione pareggia la evidenza di questa.

Presso a poco simile discorso può farsi ogni volta che si è fra la obbligazione *ex contractu* e la obbligazione *ex delicto;* chi è fondato nella prima non ha bisogno di ricorrere alla seconda e si trova in una posizione affatto indipendente dalle vicende dell'azione penale (*a*).

## § CXVIII. — *Continuazione.*

526. Vengono i due teoremi.

*a*) L'azione per la *restituzione o rivendicazione del corpo di reato* o delle cose derivate da esso *si prescrive colla regola civile.*

(*a*) Ho finto il caso di un'azione penale non mai intentata. Può supporsi il caso opposto; è quello la cui decisione ci è riferita dal Mangin ( *Trat.* n. 367 ). Un ricevitore del registro, dispersi o appropriatisi i danari delle tasse, era stato processato; ma l'azione penale fu dichiarata perenta. L'amministrazione pubblica lo convenne allora avanti il tribunale civile; e il citato si difese col dire che l'azione civile non poteva sorvivere alla penale, già prescritta: ma la Cassazione alla quale da ultimo ricorse, dichiarò che l'azione introdotta era indipendente dal delitto, e soggetta alle regole del diritto civile.

*b*) L'azione civile che si prescrive colla norma penale è dunque qualcosa di diverso dalla restituzione delle realità rapite dal delitto; e non contiene quelle che i Francesi chiamano *réparations civiles*, anche in questo la legislazione italiana ha sapientemente innovato sulla francese (*a*).

Ma vi sono alcune difficoltà da sciogliere, alcune oscurità da rischiarare.

La distinzione portata dalla legge non può esser arbitraria; dev'esser fondata nella natura delle cose: è precisamente fra *l'actio e la res;* il risarcimento del danno rappresenta le perdite sofferte; la rivendicazione è il diritto *in re;* si parte dal principio della proprietà che sempre restò presso il primitivo padrone, checchessia del possesso. Questa teoria suppone la esistenza della *res* che si rivendica. Tutto ciò che è consumato non può entrare che nella categoria del danno. Se fu rubato lo scrigno, e vennero dispersi i ventimila franchi che conteneva, questo è danno. Se fu rubato un orologio, e l'orologio si trova presso il ladro o presso terzi, l'azione rivendicatoria mi appartiene, io perseguito la cosa mia; e per rispetto del diritto di proprietà, e per ragioni che verrò spiegando un po' più avanti, la legge mi permette i più larghi termini e la più estesa libertà d'azione (*b*).

È chiaro che gli accessorii della cosa rubata sono *in eadem causa* e cadono nel dominio della proprietà; come *partus ancillae*, avrebbero detto gli antichi; i frutti dei bestiami involati, quelli del fondo usurpato e le sue accessioni naturali.

Per altro qui bisogna entrare in più forte esame, proprio della natura dei due giudizii, per girare, come a dire, abilmente gli scogli che s'incontrano lungo la via.

527. Riman dubbio se la legge abbia voluto intendere di *quell'azione rivendicatoria che si esercita indipendentemente del tutto dall'azione penale; o di quella che è una conseguenza dello stesso giudizio penale.*

Da questo modo di porre la questione un'altra ricerca si presenta;

(*a*) Il Mangin così si esprime: « La prescription de l'action civile résultant d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, interdit à la partie lésée non seulement toute demande en dommages-intérêts, *mais encore toute demande en restitution*, n. 366.

(*b*) *Res clamat ad dominum.* Tuttavia non è abbastanza evidente il perchè di un sì diverso trattamento dell'*actio damni;* questo pure si mostrerà or ora.

se l'azione rivendicatoria del corpo del reato, resti sospesa dall'esercizio dell'azione penale, o al contrario possa liberamente esercitarsi nonostante la pendenza del processo (a).

Si risponde che la legge abbraccia amendue i casi, o l'azione rivendicatoria si eserciti indipendentemente dall'azione penale, o conseguiti dalla decisione penale che dichiarò la esistenza del reato. In qualunque tempo, essa dice, possiate o vogliate rivendicare le cose vostre di cui patiste indebita sottrazione, sappiate che la legge vi accorda il più lungo termine delle azioni di diritto civile.

La indipendenza dell'azione rivendicatoria non è precisamente determinata con questa legge; ma deriva dai principii razionali che reggono la materia. Il reato non è *causa diretta, immediata e necessaria* dell'azione vendicatoria, come dell'azione del danno. Rapporto a quella il reato può verificarsi e può anche non verificarsi proprio in quanto tale, cioè in quanto fatto coercibile dalla legge penale; lunga procedura occorre a ciò stabilire. E non solamente in genere, ma eziandio in ispecie deve stabilirsi onde il reato sia produttore dell'azione del danno, sia base di diritti economici e civili (b). A siffatto giogo non poteva in verità sottoporsi l'azione vendicatoria delle cose che ci furono iniquamente tolte e delle quali noi proviamo la esistenza presso coloro dai quali vogliamo rivendicarle. Perchè tutto quel giro di giudizii; che importa l'esser vittima proprio di un fatto criminale? che importa che ci sia un colpevole percosso di pena? Una preziosa raccolta di documenti io possedeva e mi fu tolta. Io non so se per fatto di ladri, a rigor di parola; so che mi fu tolta ed io la trovo; mostro che è mia e la rivendico. Più tardi si scoprirà fors'anco, per le diligenti ricerche del magistrato, o per fortunato evento, e il furto e l'autore che sarà punito secondo il merito. Io però non ho bisogno di tutto questo; io non debbo aspettare l'esito di un giudizio criminale: ho un diritto *in re*, un'azione indipendente; ed è manifesto, che non contenendo l'azione elemento veruno di penalità, deve vivere la larga vita delle azioni civili (c).

(a) E difatti l'art. 149 non risolve la questione. L'azione rivendicatoria può essere sottratta alla più breve prescrizione penale, senza che però ne consegua necessariamente la sua indipendenza dall'esercizio dell'azione penale.

(b) Devono cioè risolversi le due questioni; esiste il reato? T. è colpevole? Senzachè non si farebbe luogo a chiedere la emenda del danno.

(c) Scritte queste parole ho potuto conoscere la nuova pubblicazione dell'illu-

528. L'azione in restituzione o rivendicazione è adunque indipendente.

Io posso pure supporla messa in moto dopo il giudizio del reato, o meglio ancora, in qualunque tempo. La dichiarazione del reato, la condanna del colpevole, avranno valore di argomento, o di prova; potranno dare all'azione una direzione più certa non mai considerarsi come il fondamento della medesima.

Lo abbiamo già detto e daremo termine all'esame comparativo, all'azione del danno è base il reato; e relativamente al modo e alla durata dell'esercizio, l'azione civile partecipa della natura dell'azione penale come la conseguenza partecipa della natura del principio da cui emana. Di là la sua dipendenza, di qui la sua durata.

Se la veduta è esatta, secondo a me pare, è trovata la vera ragione per la quale il senno legislativo potè distinguere nel cerchio della teoria prescrittiva l'azione civile, così detta, e l'azione restitutoria o rivendicatoria benchè dell'ordine civile amendue. Vero progresso in confronto della legislazione francese abbastanza muta in proposito, della giurisprudenza poco chiarita, degli scrittori che si mostrano avversi.

529. Questo concetto giuridico sì bene compreso dalla nostra le-

stro Pescatore, parte I, del vol. II, *Della esposizione compendiosa della procedura civile e criminale* (Torino Unione Tipografico-Editrice 1865). Se la natura del suo lavoro non comporta estesi svolgimenti, mi è grato rilevare la concordia dei principii che posso confermare colla sua rispettata autorità. In identico soggetto egli dice: « L'azione civile che cade col cadere dell'azione penale, è quella relativa al risarcimento dei danni che si direbbero provenienti dal supposto reato. Ma l'autore in restituzione (soggiunge la legge) od in rivendicazione del corpo del reato e delle cose derivate da esso non prescrive se non in conformità delle leggi civili (art. 149). E anche su tal punto se la pratica suscita gravi difficoltà per la connessione dei termini dell'azione coi fatti costituenti il reato, il principio è per se medesimo chiaro e fermissimo: *la legge inibisce solo quelle azioni colle quali si promuova la dichiarazione giudiziale di un reato come antecedente logico di una domanda civile;* non impedisce l'esercizio di privati diritti per semplici sospetti o indizii di reato che ne possano risultare a carico del convenuto. Tu hai posseduto di fatto una successione: ora sei detentore di oggetti determinati appartenenti alla medesima: io ne propongo la rivendicazione provando la proprietà per parte mia, e il possesso per parte tua delle cose rivendicate o del prezzo derivatone dalla vendita: ma non ti accuso, nè il giudice avrà da dichiararti reo di rapina o di furto. Sarà prescritto ogni reato che si voglia supporre; ma non è prescritta l'azione che pure accenandovi indirettamente non ne propone la investigazione diretta qual base necessaria della restituzione che si reclama ». Sez. II, cap. IV.

gislazione, appariva alla mente di Mangin come una cosa strana e che non avrebbe degnata di esame, se non gli fosse caduta sott'occhio una decisione della Corte reale di Caen ch'esso censura con un certo disprezzo che non è nelle sue abitudini (a). Un Lebon era stato condannato dal tribunale correzionale come autore d'omicidio involontario nella persona di Grard. I figli ed eredi di lui non promossero il giudizio dei danni-interessi se non tre anni dopo la sentenza di condanna. Opposta la eccezione della prescrizione, fu rigettata dalla Corte la quale disse non essere punto applicabile alla specie la disposizione per la quale l'azione dei danni-interessi risultante da un delitto si prescrive non intentata entro tre anni dal giorno in cui il delitto è stato commesso, ovvero dal momento in cui cessò la sospensione prodotta dall'esercizio dell'azione penale. Quando il reo è stato già condannato, i tribunali civili non hanno più a constatare il fatto criminoso ma fanno ragione semplicemente di una domanda di danni-interessi come avrebbe potuto fare sopra apposita istanza il tribunale correzionale; laonde la domanda della vedova Grard non dipendeva più che dalle norme stabilite dalla legge ordinaria e civile.

Questi motivi sono contradetti dall'illustre scrittore. Osserva in sostanza essere bensì concesso alla parte lesa d'intentare la sua azione separatamente dall'azione penale. Ma il termine della prescrizione non cangiarsi perciò (e questo è vero); gli art. 637 e 638 (*Cod. instruct. crim.*) regolare il corso della prescrizione dell'azione civile senz'affatto distinguere in qual tempo si eserciti, se abbia preceduto, accompagnato o piuttosto susseguito il giudizio penale promosso dal pubblico Ministero. Non ebbe dunque appoggio nella legge, continua il Mangin, la distinzione adottata dalla Corte. Che la condanna già pronunciata, dispensi il giudice dell'azione civile dal ricercare la prova

(a) « Mais faut-il conclure de là qu'après le jugement définitif intervenu sur l'action publique, *la prescription de l'action civile change de nature*; qu'elle n'est plus de dix ans, s'il s'agit d'un crime; de trois, s'il s'agit d'un délit; d'un an, s'il s'agit d'une contravention de police; *et qu'on ne peut pas lui opposer que la prescription de trente ans? Je ne proposerais pas cette question, si je n'avais sous les yeux* un arrêt de la Cour royale de Caen (8 gennaio 1827), qui décide que la prescription établie par l'art. 638 du Code d'instruction, cesse d'être applicable à l'action civile, *lors qu'elle est intentée après la condamnation du prévenu, et que cette action n'est soumise alors qu'à la prescription de trente ans*, n. 355. Trascrive i motivi del giudicato indi col sorriso del disprezzo ». *Ces motif supportent difficilement un examen attentif.*

del fatto che ha dato causa al danno di cui si chiede la riparazione, è indubitato; ma non si può inferirne una differenza, un'alterazione di termine, in fatto di prescrizione della stess'azione civile.

All'attento lettore non isfugge la confusione che ingombra e il ragionamento della Corte e quello del critico. Le restituzioni, le rivendicazioni (per usare parole appropriate e consacrate dalla nostra legge) comprese sotto quel generico *réparations civiles* non sono distinte dall'azione civile dei danni-interessi e se ne fa invece una cosa sola. Ciò posto non è possibile altra teoria che quella di Mangin che riesce ad aver ragione, quantunque nel fondo abbia torto. È d'uopo porre per base — che l'azione civile riguarda solo la indennità — che la rivendicazione *del corpo del reato* o meglio la rivendicazione delle cose ingiustamente (*a*) (*injuria*) tolte, di sua natura si svolge indipendente dal processo penale; e allora l'applicazione della legge civile torna evidente (*b*).

530. *b*) *Le condanne civili non si prescrivono che secondo le norme civili.*

Questo concetto che la giurisprudenza francese non ignorò, è nettamente espresso dall'art. 149. Tentiamo di tradurlo nel linguaggio della scienza. Quella mistura di penalità che tiene l'azione civile come affissa alla penale, cessa e svanisce colla pronuncia della condanna civile (*c*). Allora, e allora soltanto è stabilito il rapporto giuridico, che ondeggiava indeciso nel processo criminale; ed un profondo cangiamento si operò nella posizione di diritto, determinandosi l'elemento civile come sostanziale per che rientra naturalmente nel dominio della legge civile.

(*a*) La espressione della legge non è esatta. L'azione rivendicatoria astrae dal reato, come si dimostrò più sopra.

(*b*) Una decisione della Cassazione (francese) posteriore di quasi trent'anni a quella censurata da Mangin, pare venuta a giustificare in qualche modo la sua dottrina. È statuito in quella decisione che l'azione civile derivante dal reato resta soggetta alla prescrizione dell'azione pubblica, benchè correndo il termine, sia nata *sentenza di condanna penale* e non di condanna civile (nel qual caso comincierebbe un nuovo termine) 6 marzo 1855, T. P. 2, 642.

L'azione civile si prescrive nello stesso termine che l'azione pubblica contro *i civilmente responsabili*, avvegnachè esercitata separatamente avanti la giurisdizione civile. *Cassaz. franc.* 6 maggio 1863.

(*c*) L'azione è consumata, quindi non può più parlarsi del termine a prescriver l'azione.

## § CXIX. — *Prescrizione. Diritto transitorio.*

(Mangin, *Compendio*, n. 144).

531. Vi sono certe determinazioni legislative improntate del carattere della verità: tutte le coscienze si affrettano, per così dire, a prestarvi la loro adesione; partecipano della evidenza dell'assioma. Tal è la determinazione per la quale si dichiara che nel passaggio di una legislazione ad un'altra la prescrizione sì dell'azione che della pena si effettua in relazione a quella delle due leggi che è più favorevole (*a*).

532. È noto che prima di stabilirsi, la giurisprudenza oscillò fra i varii criterii che si presentavano. Lo scoglio di questa materia è la retroattività, odiosa al diritto. Parve si potesse evitare, facendo in modo che il corso della prescrizione non ancora compito, si regolasse con un calcolo di proporzione tratto dalla misura del tempo adottata dalle rispettive legislazioni. Il sistema di applicare la legge più favorevole al prevenuto o condannato si riteneva non del tutto esente dal vizio della retroattività. Lo stesso Merlin si trovò impacciato; e solo più tardi cangiò opinione e si mise al corrente delle nuove idee; ciò gli accadeva di frequente. L'art. 2281 del Codice civile francese stanziava in massima, che le prescrizioni, già cominciate prima della sua pubblicazione, sarebbero regolate dalle leggi anteriori. La disposizione non poteva con giustizia applicarsi ai fatti criminali perchè avrebbe resa inutile e sterile d'effetto la legge nuova per solito più benigna alla prescrizione penale. Il grande giureconsulto trovò che l'equilibrio consisteva in un rapporto fra le due legislazioni, tale che ognuno dominasse il proprio tempo. Anch'egli dunque fu per un calcolo proporzionale fra il vecchio e il nuovo. E insisteva ancora in questa opinione nel 1812, quando la Cassazione mutò improvvisamente la sua giurisprudenza e abbracciò quella di applicare fra le due la legislazione più vantaggiosa al reo (*b*).

533. Quando si tratta di attribuire ad una legge nuova una efficacia immediata sopra una posizione di diritto, resta a vedersi se quella legge sia veramente retroattiva; e se retroattiva, la retroattività sia viziosa e contraria a un diritto acquisito. Ve n'ha di quelle

(*a*) Art. 151, 152 del Codice.

(*b*) Merlin, *Répert.* v° *Prescrip.*, *Sect.* I, § III.

che posseggono una efficacia immediata senza essere retroattive. Tali sono le lèggi della procedura. Rispettando gli atti precedenti, e regolando la forma degli atti successivi, non feriscono verun diritto acquistato in anticipazione dal litigante contro un mutamento degli ordini legislativi. Talvolta la retroattività è decretata dalla legge nell'interesse generale come quella che di solito accompagna l'abolizione dei vincoli avversi alla libertà dei beni. In tal caso la retroattività si reputa necessaria; è giustificata dal fine.

La legge nuova che sposta le basi di un diritto in formazione, è retroattiva. Io almeno lo credo. È vero che il diritto non ha ancora cominciato ad esistere, ma si posseggono già alcune condizioni per acquistarlo. Diminuire il valore di codeste condizioni è reagire a svantaggio del futuro prescrittore, è fargli del male. Qui bisogna mettere in rilievo anche una volta gli opposti aspetti che prende il diritto veduto nelle relazioni civili o nelle penali.

La prescrizione civile è un diritto che si viene formando in sostituzione di un altro diritto, e come dire a sue spese. È il possesso che si fa proprietà; il possesso come proprietà putativa surroga la titolare. Sono due diritti a fronte e tacitamente in conflitto. Una legge che porti ad un corso determinato di tempo una influenza derogatoria qualunque, offende o l'una o l'altra condizione di diritto. Se restringe il corso, nuoce al proprietario, se lo accresce, al prescrittore; ma qualch'elemento di pubblica e generale utilità che vi entri di mezzo, ci mostra che il cangiamento è ragionevole; un corso di sessanta o di cento anni (che non mancava nelle vecchie teoriche) può bene ridursi a trenta. Passiamo al punto di vista penale. La posizione è perfettamente unilaterale. Un imputato, un condannato è solo in faccia al diritto. Il suo stato non può deteriorarsi; ma può essere migliorato senza ledere le ragioni di chicchessia. Non vi era nulla di contrario al diritto nella dottrina di Merlin e in quella della giurisprudenza più antica: se un imputato o un condannato veniva ammesso a godere in un modo meno esteso del benefizio della nuova legge, non avea motivo di dolersi; egli era sempre in guadagno. La determinazione era giusta ma non era liberale. La legge presente, legge propria della civiltà, favorisce invece la libertà individuale agevolando i mezzi della sua liberazione. Ecco tutto. Vi è una reazione ma una reazione benefica e civile (*a*).

(*a*) Gli scrittori sono unanimi nell'accettare il principio. Oltre il Mangin, Legra-

534. Al ragguaglio delle due legislazioni si sente la difficoltà sul terreno pratico.

Perchè abbia luogo il confronto, è d'uopo trovare la nozione del reato corrispondente nel nuovo Codice; senza di ciò o l'antica o la nuova ha pieno impero. T. era accusato di un reato che nella nuova legge non si menziona; il fatto è divenuto indifferente; sfugge all'azione penale; l'accusa si scioglie. Ma supposto che per quel fatto, che ora non è più reato, T. sia già stato condannato; la pena per lui si prescrive nel modo portato dalla legge antica senz'alcun ristoro; perchè il fatto consumato è fuori del dominio della legge moderna che, non contenendo veruna disposizione, non presenta elemento di relatività nè termine di confronto.

535. Il caso puro e semplice dell'art. 152 (*a*) è la coesistenza di disposizioni relative allo stesso reato egualmente qualificato dalle due leggi: quale delle due favorisce di più la prescrizione e nel tempo e nel modo? Il confronto è facile. Ora suppongo che la varietà penale derivi o da un cangiamento nel metodo di classificare i reati, o da circostanze personali diversamente valutate, o finalmente da circostanze inerenti al reato, che nel punto di vista soggettivo, nel nuovo sistema portano *de jure* una diminuzione di pena.

Avverto che la prima ipotesi può applicarsi sì all'azione che alla pena; le altre due non riguardano che la pena.

Cominciamo dall'azione penale, rapporto alla prima ipotesi. Io ritengo che la soluzione evidente che vi si può dare, anticiperà o almeno preparerà quella relativa alle pene che, secondo alcuni, è questione più grave.

verend, tom. 1, p. 82. Boitard, *Leçons sur le Code pen. et instruct. crim.*; Cousturier, *De la prescript. crim.* n. 150, 151; Hoorebeke, *Traité de prescript.*; ed altri. Ha scritto un bell'articolo su questo punto di diritto il sig. avv. Emilio Quinto. *Legge* anno 1865, n. 36.

(*a*) È necessario trascrivere i due articoli, articolo 150. « La prescrizione delle azioni penali e delle pene che fossero stabilite dalle leggi penali anteriori e già cominciate al tempo della osservanza del presente Codice, saranno regolate a norma delle suddette leggi ». Art. 152. « Le azioni penali e le pene per reati commessi anteriormente alla osservanza di questo Codice pe' quali a termini delle leggi allora vigenti o non fosse ammessa la prescrizione o si richiedesse tuttora un tempo maggiore di quello che si determina nel presente Codice, o si esigessero condizioni dal presente Codice non imposte, s'intenderanno prescritte o si prescriveranno nei termini e nei modi rispettivamente da questo Codice stabiliti ».

Si tratta di adulterio commesso durante la legge precedente; ed era, supponiamo, la pontificia, che collocava questo reato nella sommità dei crimini. La legge nuova lo punisce, data querela, con pene correzionali: è un delitto. L'azione penale si prescriverà in dieci anni, ovvero in cinque secondo l'art. 139? Ma chi può dubitarne? Nel supposto che la precedente sia una legge straniera, la evidenza risulta anche maggiore. Qualunque contemplazione abbia avuto nella legge che fu, nella presente l'adulterio è semplicemente un delitto.

Non sarebbe semplice del pari la soluzione se fosse il caso di misurare il tempo in cui si prescrive la pena dell'adulterio pronunciata con sentenza? La condanna fu già di cinque anni di galera; la pena secondo la nuova legislazione è di tre o di sei mesi di carcere. Alcuno pensa (a) che il solo cangiamento influente sulla prescrizione della condanna sia quello che riguarda la pena annessa al reato mantenuto però in quella stessa qualifica o grado che aveva nell'anteriore legislazione; il che non si avvera quando quello che fu crimine, nella nuova legge è dichiarato delitto, soffrendo non so quale modificazione nella sua essenza. In contrario si osserva, che il passaggio della specie del reato a una classe inferiore non altera gl'intimi rapporti di esso verso la penalità, ma ragguaglia la stessa penalità colla ragione essenziale del reato, esprimendo la giustizia dei detti rapporti; mostrando per esempio che il reato d'adulterio non deve restare fra i crimini, ma giustizia vuole che sia punito soltanto con pena correzionale cioè come delitto (b). In un sistema in cui le gradazioni delittuose sono conferite alla misura della pena, le categorie dei reati non sono che relazioni penali; onde portare un reato da una categoria maggiore ad una minore, da crimine a delitto, equivale allo esprimere che a quel tale reato è assegnata una pena minore.

536. Laonde in questo come in ogni altro caso di mitigata penalità, è tacitamente stabilito che la nuova pena è la sola che è giusta;

(a) Opinione attribuita al VILLERET, *Traité Th. et prat. de la prescript. en Matière pén.*

(b) Per aggiungere un altro esempio a maggiore schiarimento. In certe legislazioni, il porto d'armi era punito coll'opera pubblica, corrispondente alla reclusione. In qualche legge nuova non si punisce che coll'ammenda ossia con pene di polizia. Ciò significa che il legislatore, derogando al concetto della legislazione precedente, riconosce che quella era una pena eccessiva; che la nuova pena è la sola giusta.

il perchè, facendo rientrare un condannato che sta prescrivendo la sua pena, nel benefizio della nuova legge, non solamente si crede di metterlo a parte di un beneficio ma anche di correggere ciò che vi ebbe di troppo severo nella sua condanna (a).

537. Portata a questo alto livello la teoria, badiamo di non esagerarla.

Vi sono delle circostanze personali per le quali una pena si modera e qualche volta discende molto al di sotto dell'ordinaria. Tali circostanze personali, che per se stesse importano una scusa, possono avere avuto nella legge anteriore una contemplazione meno importante (b). Ed anzi, a fare il caso più netto, suppongo che la legge precedente non ammettesse a quella circostanza veruna diminuzione di pena, mentre dalla nuova legge si accorda: per esempio in quella legge chi aveva compiti gli anni 18, era considerato maggiore, laddove in questa si reputa ancora minore, onde la pena gli è diminuita di un grado. Può bene accadere che in virtù di questa discesa la pena criminale fosse passata in correzionale. Questione, se un imputato maggiore di 18, e minore di 21 anno, tenuto responsabile di un crimine commesso sotto l'altra legge; di un crimine che *quoad poenam* diventa delitto per lo riguardo della minor età, sia ammesso a sostenere che l'azione penale deve ritenersi prescritta col quinto anno dal giorno del commesso reato (art. 139 alin. del Codice penale).

Ma la questione è meno di diritto transitorio che di diritto generale; bisogna prima sapere se la nuova legge simile vantaggio conceda a coloro che sono imputati di fatti delittuosi commessi sotto il suo impero; si disputerà di poi se chi li commise, vigente la legge anteriore, possa egli pure goderne.

Si può stabilire in tema generale, e con una formula abbastanza precisa, che la norma del tempo prescrittivo, in materia di azione penale, si deduce *dalla natura del titolo nella più completa astrazione*

(a) La conclusione sarebbe qnesta. Condannata l'adultera a cinqne anni di galera, corrispondente ai lavori forzati, ha già passato nove anni intatta dall'nnghia fiscale. Giunta al decimo, per la benignità della nuova legge, la condanna è prescritta, in luogo dei 15 anni: art. 139 del Codice penale.

(b) Se al minore di 16 anni non fosse accordata, suppongasi, che la diminuzione di un grado nella pena, mentre la legge nnova accorda due o tre gradi di diminuzione.

*dalle circostanze di fatto, relative alla imputabilità*, o riguardino le naturali attitudini della persona, o il concorso del proposito delittuoso; e dirò ancora che di tali circostanze, a ragione anche più forte, non può tenersi conto nemmanco nell'ordine delle relazioni che concernono le condanne.

Di tal guisa colui che fu condannato durante la passata legge, non può aspirare ai vantaggi che gli sarebbero aperti se fosse giudicato colla presente; nè quindi può a tale stregua misurare il corso della prescrizione. La sua imputabilità sarebbe apparsa più leggiera, ben si comprende; minore d'anni 21, e maggiore di 18, avrebbe goduto di un grado di diminuzione; ammettendo la nuova legge (fingo questo caso) le circostanze attenuanti non ammesse dalla precedente, la pena poteva discendere di un altro grado ed egli, il condannato, trovarsi deposto sulla scala meno ardua e meno dura di un semplice delitto o di una semplice contravvenzione. Ma non si può mica istituire un nuovo giudizio nè rinnovare il processo, *nè rivedere la giustizia della sentenza*, privandola del suo carattere sacro di cosa giudicata, e renderla a dir così, tributaria della nuova legge.

538. Insomma i termini di confronto non sono *che oggettivi* — tutto ciò che vi ha *di soggettivo* appartiene all'intrinseco della causa, e non altera i dati giuridici della prescrizione.

539. Ancora una parola su quella concezione dell'art. 152 — *o si esigessero condizioni dal presente Codice non imposte.* — Basterà un esempio. Alcune legislazioni determinavano il punto di partenza della prescrizione (della pena) dal momento in cui *sarebbe notificata la sentenza*. Il nostro Codice, anche in questo più favorevole al condannato, comincia a contare il termine *dal giorno della sentenza.*

## § CXX. — *Della estinzione della pena per assorbimento.*

### I.

#### *Generalità, calcolo della pena.*

540. Ogni colpa abbia il merito suo; ogni reato la sua pena. Questa è la legge di giustizia, e nei rapporti della moralità pura, è una verità di prim'ordine. Ma essa è la giustizia di Dio che dispone dell'infinito. La giustizia umana opera sopra un soggetto limitato di

forze, limitato di durata, limitato persino nelle sue sofferenze; la umanità, il senso morale, la coscienza pubblica impongono alla pena un confine. Moltiplicando i misfatti, il malvagio sembra sfidare la pena che rimane addietro, impotente a raggiungerlo nella sfrenata sua corsa. In tempi che sempre più si allontanano da noi, la giustizia, immeritevole di questo nome, parve accettare la sfida; si armò di flagelli, e fece pagare in intensità ciò che in estensione non poteva; ma avrebbe ricreato volontieri l'uomo ucciso dalla sua scure per poterlo uccidere di nuovo.

Le legislazioni dei popoli più civili odiano con ragione l'accumulazione delle pene la cui mole può ben presto diventare incomportabile, assurda. Non parliamo della intensità che, secondo le nostre idee, non è mai adoperata come accrescimento di pena; *la qualità* dei reati soltanto e non la *quantità* risponde alle specie penali: dieci omicidii in rissa, non formano la pena di un solo omicidio volontario qualificato; non si passa mai dai lavori forzati alla morte per ragione di quantità. Replicando allo stesso reato, più volte ripetuto, le applicazioni della medesima pena, la soddisfazione appare più logica e naturale; ma qui cominciano le restrizioni, le modificazioni, le trasformazioni immaginate dalla sagace umanità del legislatore che non vuole infrattanto perdere di vista lo scopo di giustizia.

## II.

### *Legislazione francese.*

541. Una legge fu vinta dall'assemblea costituente (16-29 settembre 1791) ove si dichiarò che colui che dopo aver commesso un delitto fosse trovato colpevole di un secondo, non soffrirebbe pena se quella meritata pel secondo reato non fosse più forte della prima: disposizione consacrata dall'art. 365 del Codice *d'instruct. criminelle* celebre per le questioni che ha sollevate (*a*). Nell'art. 379 fu statuito che, se durante il dibattimento che precede la sentenza di condanna, il prevenuto fosse colpito da un'altra accusa, la Corte (d'assise) ordina che sia fatto processo dei nuovi fatti imputati, *semprechè a questi sia*

(*a*) Il suo tenore è assai succinto. « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera la seule prononcée ».

*annessa una pena più grave di quella che può meritare il primo reato*, ovvero l'accusato abbia dei complici in istato d'arresto (*a*).

E noi soliti di attingere alle sorgenti francesi, lo abbiamo fatto anche qui, nè ci torna a disdoro perchè abbiamo seguita la buona via che ci era stata aperta, abbiamo imitato nel bene. Ma in questo pure, lo diciamo con soddisfazione, ci siamo lasciata addietro la legislazione francese, abbandonata alle sue incertezze.

542. I dubbii che sorgono in quella e secondo quella possono figurare come elementi di un abbozzo di storia di questa parte della legislazione contemporanea, e dare per le soluzioni che il nostro Codice presenta, un altro punto d'onore al legislatore italiano.

Poichè le questioni si trovano già sparse nella dottrina e nella giurisprudenza francese che si trassero avanti, come altri direbbe, a piè zoppo sull'arduo terreno, poichè i dubbii loro non sono i nostri, non ci sarà da trattenersi molto: tuttavia darà materia a qualche utile riflesso, e mostrerà anche una volta che abbiamo più bisogno di libri nostrani che di francesi.

Si dubita cosa s'intenda per pena più grave, pena più forte, quando le pene debite ai due reati sono della medesima specie. Se uno pel primo reato meritò la reclusione, e merita pure la reclusione pel secondo, quale applicazione avrebbe la legge? (*b*). Dovrà portarsi nel calcolo della pena la durata? Così fu ritenuto e deciso con tutta ragione. Se al primo reato fosse stato applicato il *maximum* della reclusione, non restava più luogo ad altra pena; l'assorbimento era perfetto. All'incontro se il *maximum* non era esaurito, la pena applicata non era la più forte essendo suscettibile d'aumento. Ecco pertanto un nuovo giudizio, una nuova condanna, e la pena portata più oltre, forse sino al suo ultimo limite (*c*).

Si dubita se la teoria del non-cumulo della pena sia riservata ai tribunali o Corti d'assise che giudicano simultaneamente le varie imputazioni, ovvero sia da seguirsi eziandio nei giudizii che saranno tenuti separatamente o posteriormente; e motivo di dubitare è gravissimo il trovarsi che gli art. 365 e 379 del Codice *d'instruction crim.*

(*a*) Perchè i complici non hanno un precedente simile.

(*b*) Questa ed altre questioni e dubbiezze si trovano tracciate dal nostro autore con più paziente accuratezza che da qualunque altro.

(*c*) MANGIN, *Trat.* n. 460.

non parlano che di giudizii simultanei o connessi. Prevalse a buon diritto il ritenere la generalità del principio.

Si dubita se la base di confronto sia nella qualificazione dei reati o nella qualità della pena che ne fu la conseguenza. Così se un delitto possa venirsi appaiando ad un crimine, qualora per circostanze attenuanti il crimine sia stato punito come delitto, e ciò di maniera che la Corte di assise possa per questo nuovo delitto aggravare la pena non applicata al *maximum*. La soluzione è affermativa.

Si dubita se la teoria del non-cumulo sia applicabile alle pene incorse per contravvenzioni a leggi speciali; se fosse esclusiva delle Corti d'assise, o potessero anche giovarsene i tribunali correzionali. I due articoli non rammentano difatti che le Corti d'assise. Due sentenze della Corte di cassazione pronunciate nel 1835, indi costantemente le successive, stanziarono la più estesa applicazione contro la giurisprudenza prima invalsa. Ma cosa doveva dirsi delle contravvenzioni, non disponendo la legge? Si ritennero escluse e soggette alla regola *ne ullius impunitas detur* (a).

Si dubita se la regola limitativa (chè tale sembra pei termini dell'art. 365 del Codice *d'instruction crim.* più volte citato) si estenda *ai crimini e delitti* preveduti *da leggi particolari* (per esempio in materia di dogane, contribuzioni indirette, imposte, ecc.) *per la ragione che non sono regolate dal Codice penale;* e parve si dovessero escludere per la natura appunto di un regolamento limitativo e in certo modo speciale, malgrado che dalla opinione esternata dall'oratore del governo al corpo legislativo, fondamento non molto solido davvero, si venisse insinuando il concetto della sua generalità.

Si dubita se almeno pei crimini e delitti speciali, *ma posteriore alla pubblicazione dei Codici di procedura*, dovesse ampliarsi la regola, e la dottrina passò nella opinione di qualche autore, e in qualche decisione (b).

Si dubita se le pene pecuniarie e le pene personali, essendo di loro

(a) Che fu uno dei fondamenti della penalità del diritto romano. « Numquam plura delicta concurrentia faciunt *ut ullius impunitas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.* Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti; quia occidit aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit. Idem dicendum si rapuit et occidit, nam et vi bonorum raptorum et aquilia tenebitur » *fram.* 43, *de privat. del.*

(b) MANGIN, *Tratt.* n. 462 in fin. *Arr. Cassat.* 9 e 4 *juill.* 1835.

natura distinte, possano concorrere, caso imprevisto dall'art. 365, e la Corte Suprema nel suo buon criterio lo ritenne. La pena della carcere concorre adunque coll'ammenda o multa, salvo di aumentare la durata della carcerazione se tribunali diversi l'avessero per diversi titoli decretata. Ciò a maggior forza, secondo Legraverend, atteso il carattere compensatorio dell'ammenda e dicesi ancora che questa massima è la più ricevuta in pratica. Io desidererei dice il nostro autore (Mangin, n. 463) che la dottrina fosse vera — *elle remédiérait, en partie, à l'imperfection de notre législation sur l'accumulation des peines:* — prendo atto di queste parole. Il Mangin adunque non la credeva vera. Egli vede della generalità nell'art. 365. Contesta al Legraverend la opinione che le ammende non abbiano da annoverarsi fra le vere pene, egli oppone l'art. 9 e 464 del Codice penale, e la giurisprudenza della Corte Suprema, o almeno dice non verificarsi che in alcuni casi particolari, e nega la pretesa consuetudine dei tribunali.

Si dubita se nella teoria distributiva del non-cumulo siano da comprendersi eziandio i fatti penali *posteriori alla condanna*, come fu qualche volta deciso; altri tengono al contrario non dovervi entrare che i reati commessi anteriormente (*a*).

Si può rimproverare alla legislazione francese *l'assorbimento assoluto;* la piena trascuranza dell'elemento criminoso che chiameremo addizionale; la impunità in certo modo garantita ai reati minori quando il delinquente si trova, a rigor di parola, difeso dalla enormità di quello che ha commesso: difetto comune nel sistema dell'assorbimento più o meno pronunziato ma che nel francese non ha temperamento alcuno. Gli stessi scrittori della materia non penetrati abbastanza, io credo, della importanza dell'argomento, non vi portarono l'attenzione necessaria; devesi però alla giurisprudenza della Corte di Cassazione l'avere supplito per quanto si poteva, con giudiziose decisioni, a quella o voglia dirsi povertà o soverchia generalità della legge.

(*a*) Nel sistema penale pontificio si seguiva la regola dell'antico diritto. Io ricordo d'aver difeso un accusato che era stato già condannato alla morte e tre volte alla galera in vita oltre molte altre pene minori. Questo cireneo della giustizia, gettate non so come da sè quelle condanne, si presentava allora accusato di un nuovo delitto.

III.

*Legislazione italiana.*

543. Le pene supreme non possono aumentarsi, e sono di loro natura assorbenti. La pena perpetua potrebbe esacerbarsi: inutile strazio a cui la umanità ripugna.

Questa è la prima specie di assorbimento assoluto imposto dalla necessità delle cose (art. 106 e 107 del Codice penale).

L'altra specie di assorbimento assoluto si è quella della pena criminale in concorso della pena correzionale e di polizia, a due condizioni: 1° che la pena criminale non sia minore di anni dieci; 2° che a pena correzionale non arrivi a tre anni di carcere (art. 110).

Il concorso è contemplato: 1° da crimine a crimine importante pene temporanee dello stesso o diverso genere; 2° da crimine a delitto o contravvenzione; 3° da due o più delitti soggetti alla stessa pena correzionale; 4° da delitto a delitto soggetti a diversa pena correzionale; 5° da contravvenzione a contravvenzione.

L'assorbimento nel suo massimo grado rispetto alla pena capitale e a quella dei lavori forzati a vita, e che può dirsi eclissi totale di ogni pena minore, si effettua solo in parte nel 1°, 2° e 3° concorso e sparisce nel 4° e 5°.

La pena incontrata pel secondo o seguenti reati non si dilegua del tutto, si aumenta; in guisa però che in parte rimane assorta; ed è sempre minore di quella che sarebbe se il reato fosse singolarmente punito (a).

544. Il sistema è, nel suo concetto generale, irreprensibile; perchè tien conto del nuovo elemento criminoso, e non promette impunità, e dall'altro lato modera la pena, la proporziona alle forze di chi soffre; comprende e sente che gli ultimi cinque anni che si aggiungono ad altri venti duramente espiati tra i ferri, riassumono una vita di dolore, e a quella età a cui pervenne il condannato, lo fanno di-

(a) Art. 109. « Se concorrono due o più crimini importanti più pene temporanee dello stesso o diverso genere, si applicherà la pena più grave, aumentata secondo il numero dei reati e la qualità delle pene incorse. Ove però occorra di aumentare la pena temporanea oltre il *maximum* di ciascuna di dette pene, l'aumento avrà luogo entro il limite d'anni cinque salvo il disposto dell'articolo precedente ». Vedi pure l'art. 110.

sperare della libertà. L'aumento di una pena a tollerarsi gravissima contiene una specie di progressività intensiva che si misura meno da quello che si soffre che da quanto si è sofferto.

Questo concerne la pena criminale.

La pena criminale è assorbente o estintiva quando, non minore di dieci anni, viene in concorso di una pena correzionale minore di tre anni, non tanto perchè la gravità specifica del reato più lieve sia tale da non doversi calcolare a fronte di uno gravissimo, quanto piuttosto perchè si è creduto che qualunque aumento più o meno considerevole della pena criminale (aumentandosi sempre la più grave) superi la importanza correlativa della correzionale e nei rapporti del sistema oggi esistente, risulti eccessiva. La legge non determina le proporzioni numeriche della penalità con esattezza matematica, bisogna averlo in mente; c'è sempre delle sfumature, per così esprimermi; qualcosa di eccedente o di difettivo che sfugge ad una precisione frazionaria: volerla raggiungere sarebbe uno sminuzzamento vizioso e impraticabile.

545. L'elemento addizionale è considerabile quando da un lato la pena minore eccede i tre anni, e la più grave non tocca i dieci. Sono estremi che si vanno ravvicinando; la forza assorbente della pena è in ragione inversa della sua qualità e della sua durata. Succede una *trasformazione* come ha detto benissimo il Pescatore (*a*); la pena correzionale, *in genere suo*, svanisce e si contempera in un aumento della pena più grave, aumento però che non eccede *mai la metà della pena correzionale incorsa* (*b*).

L'articolo 111 toglie di mezzo ogni disputa sulle penalità accessorie (*c*).

Discendendo sul campo delle pene più miti, la distribuzione *per singula* diventa a così dire più accessibile. Gli art. 112 e 113 sgombrano tutte le dubbiezze sulla concorrenza delle pene correzionali (*d*).

(*a*) *Sposizione della procedura civile e criminale*, p. I, vol. II (1865), pag. 46.

(*b*) Quindi se trattavasi di otto anni di reclusione, e la pena correzionale meritata è di 4 anni, la pena non può eccedere i dieci anni di reclusione. Art. 110 del Codice penale.

(*c*) V. le osservazioni fatte nella egregia opera del conte Massa-Saluzzo. *Il Codice di procedura penale comment.*, § 158.

(*d*) Art. 112. « Nel concorso di due o di più delitti, tutti soggetti allo stesso genere di pena correzionale, si applicheranno le pene corrispondenti a ciascun

L'accumulazione è in principio, per quanto spetta alle pene correzionali; il concorso delle pene non è più opprimente. Tuttavia il concorso è sempre limitativo della penalità, se non che, rimettendo la pena d'intensità, si è meno scrupolosi nella estensione. Il limite è rappresentato dall'art. 112, e trattandosi di pene omogenee, ossia dello stesso genere, il calcolo è anche più facile. Gli art. 113 e 114 moderano il concorso delle pene di diverso genere.

Il metodo distributivo è vie più largamente applicato in materia di contravvenzioni. Le pene corrispondenti si applicano simultaneamente a ciascuna di esse, purchè nelle pene dello stesso genere *non si ecceda della metà il maximum* stabilito dalla legge se si tratta di due sole contravvenzioni, e non *si ecceda il doppio del maximum* se le contravvenzioni fossero in numero maggiore art. 116 (*a*).

## IV.

### *Osservazioni specifiche.*

546. Nello spirito di questo sistema il concetto *della gravità comparativa* (art. 109) è sempre fondato nella qualità della pena e non nella durata. La scala penale è distinta nell'art. 13 del Codice. Un dotto giureconsulto avvertiva (*b*) risultarne qualcosa di assurdo. Vi sono delle specie penali che invero quasi si toccano. Dapertutto detenzione e lavoro forzato. Tuttavia la *reclusione* per esempio è pena più grave della *relegazione:* niun dubbio. La pena della reclusione di tre anni è dunque più grave della relegazione per venti anni! (*c*). E

delitto, purchè fra tntte non si ecceda della metà il *maximum* stabilito dalla legge pel genere di pena incorsa ».

Art. 113. « Quando concorrono più delitti importanti pene correzionali di diverso genere, esse sono simultaneamente applicate al delinquente, salvo sempre la disposizione dell'articolo precedente, nel caso che in tale concorso si trovino pure più delitti importanti pene dello stesso genere ». Codice penale.

(*a*) Al commento dell'articolo 117, è riservato il seguente § per la opportunità della materia.

(*b*) Il sig. avvocato Antonio Mona dettò nna interessante memoria sul tema *dei rei di più reati e dei recidivi.* Novara Tipografia Merati, 1860.

(*c*) Il ministro guardasigilli diceva nelle sue osservazioni sull'art. 114 del Codice del 1840 — che dovendosi per quell'articolo applicare la pena più grave — *apparisce chiaramente come la maggior gravità delle pene si dovesse ripetere dal genere loro più che dalla durata.* Mona, mem. sud. p. 29.

infatti ciò sembra assurdo ma bisogna rifletterci un poco; e la seguente osservazione sarà commento forse non inutile all'art. 109.

Il furto qualificato pei mezzi indicati nell'art. 610, è punito colla reclusione. La pena meritata o profferita è di tre anni. Concorre un reato di associazione a bande armate, preveduto dall'art. 164, punito colla relegazione illimitata. La base della pena è la reclusione; atteso il concorso dell'altro reato di specie minore, l'aumento cade sulla pena più grave, sulla reclusione. Per l'art. 109, può aumentarsi *sino a dieci anni* che è il suo *maximum*. Non basta: può ancora aumentarsi di altri cinque anni (*a*). Così il preteso assurdo svanisce. La reclusione di dieci anni, il *maximum*, si mantiene ancora superiore a quella di 20 anni di relegazione: il patimento e l'infamia che accompagnano la prima compensano la durata della seconda. E nel graduale aumento della pena maggiore vi è spazio per soddisfare ogni legittima esigenza della giustizia.

547. Se non che simili riflessioni stanno bensì in relazione con quella parte dell'articolo che accenna alle pene *di diverso genere;* ma se le pene *sono dello stesso genere* qual è la più grave? Si tratta di due o tre reati punibili colla relegazione. Concorrono, io suppongo, questi tre reati nel duplice aspetto della pena e del giudizio; vale a dire subiscono contemporaneo giudizio. La pena è identica e non può il giudice scegliere fra una più grave e una meno grave. La sua materia imponibile, se è lecita questa espressione, è la relegazione in tutta la sua latitudine dai 3 ai 20 anni, e potrà eziandio disporre di un aumento di cinque anni. Ora suppongo invece che uno di codesti reati che importava la relegazione, sia già stato definito colla pena di 10 anni. La nuova sentenza non ha che ad attaccarsi a quella pena (*b*), ed aumentarla in ragion di tempo, se occorre. Quando insomma il genere della pena (per tenere il linguaggio della legge) non è diverso, la trasformazione o parziale assorbimento non è possibile; non si tratta più che della durata. Bisogna concludere che la redazione dell'art. 109, non è esatta; il senso però non è contestabile.

548. Non è senza interesse il ricercare se agli effetti dell'art. 109,

(*a*) L'articolo (V. sopra) dice: Si applicherà la pena più grave, *aumentata secondo il numero dei reati e la qualità delle pene incorse.* Tre o quattro reati giustificano una pena maggiore che due. Le ultime parole alludono ad una condanna che viene dopo un'altra condanna.

(*b*) V. § CXXI.

il *maximum* sia sempre l'estremo e natural limite di quel tal genere di pena, o in dati casi (e sono frequenti nel Codice penale) nei quali un limite più ristretto è determinato dalla legge, questo rappresenti il *maximum*. Per esempio l'art. 178 punisce colla pena della relegazione *estensibile ad anni dieci* il cittadino che senza autorizzazione del governo del re accetta pensioni o stipendii dalla Potenza con cui si è in guerra; e alla stessa pena *non maggiore di anni cinque*, se in tempo di pace. Nel concorso di un altro crimine, saremo obbligati a rispettare quel limite come il *maximum* salvo l'aumento di cinque anni? Io penso che il giudice abbia disponibile tutta la latitudine della pena di quel genere, avendo cura però di non eccedere relativamente la misura specifica stabilita a un dato reato. La relegazione abbraccia un corso di venti anni. Supponendo il concorso dei due reati sopra citati, essi già occupano nella loro naturale estensione uno spazio di quindici anni, e sono comodamente contenuti nell'ampiezza di quella pena. Ma fingiamo che vi si aggiungano altri due o tre reati, continuati o non continuati, formanti a così dire una massa di reati, a punire i quali *per singula capita* non basterebbero tre vite umane. Possiamo allora eccedere i dieci anni, e i cinque; possiamo arrivare sino ai 20, che sono il *maximum* naturale della relegazione coll'arrota dei cinque anni dell'art. 109? Io credo tutto questo.

549. Il miglior frutto di questa discussione sarebbe il potere stabilire la massima — *che nel giudice è un'ampia podestà distributiva della pena; una facoltà d'insieme che non rende conto che alla propria coscienza delle singole parti;* — rispettate le regole fondamentali e i limiti estremi tracciati dalla legge (*a*).

550. Se una pena criminale discese in correzionale per cause che sono strettamente personali, come la età o la condizione di capacità

(*a*) La nostra Corte di cassazione (Torino 22 maggio 1855 e 6 maggio 1858) decise a ragione che *la reclusione militare* non è assorbente della pena correzionale; per essere quella specie di pena piuttosto personale al milite che criminale di sua natura (Mona, *Mem. iudic.* p. 30). Aggiungo che il diverso esito sarebbe in opposizione collo scopo della legge che colla reclusione militare intese di punire con maggiore severità il reato per una ragione tutta propria della disciplina militare; coll'assorbimento della pena correzionale esso godrebbe invece un beneficio attenuante almeno in parte il rigore della pena militare.

Contuttociò è prescritto negli articoli 317 e 318 del vigente Codice penale militare *che la reclusione inflitta per anni cinque assorbisce le pene di polizia e quella del carcere non minore di un anno. È un gius singulare;* una eccezione.

del reo, avrà luogo il totale o parziale assorbimento di altra pena criminale, come se realmente la pena criminale fosse stata inflitta?

L'autore della memoria che ho spesso lodata (p. 31) tiene, pur contro l'autorità grandissima del supremo magistrato, che l'assorbimento non abbia luogo, non essendo stata in effetto applicata la pena criminale.

Io mi associo a questa conclusione (a),

Risalgo al principio. L'assorbimento è un modo di restrizione penale che ha lo scopo umano di non aggravare soverchiamente sopra un sol capo il peso della pena: onde il principio di giustizia si modifica e cede in parte ad un riguardo di umanità. È un fatto concreto se mai ve n'ebbe; non è una questione astratta da risolversi colle generalità. Se il reo non sopporta la pena criminale, se non è rinchiuso in quei tetri ergastoli, se non è gravato di quei ferri, non può reclamare questo che io chiamo riguardo di umanità. S'egli si è vantaggiato del favore che merita la età, se ne gode nuovamente nel giudizio del secondo reato (posto che sia ancora minore) non può godere anche quello della impunità per uno di essi.

Questa osservazione così semplice ha una letterale conferma nell'art. 22 (ora 23) del Codice di procedura penale (b).

Si fanno delle obbiezioni, gravi per l'autorità da cui derivano (c).

Si comincia dall'opporre l'art. 110 del Codice penale. Ma per contrario quell'articolo (del quale si è pure altrove parlato), sembra pienamente confermare l'assunto nostro. I reati assorbenti sono quelli *punibili con pena criminale*. Per altro l'elemento correzionale acquista un valore aumentativo della stessa pena criminale quando questa non arriva ai 10 anni e quella supera i tre anni. Ciò importa un assorbimento imperfetto soltanto, essendo l'elemento criminale meno vigoroso e più considerevole il correzionale: tuttavia quest'ultimo ne subisce la influenza e in esso si trasforma, sempre in forza della pena criminale che a sè lo attrae. Per certo dall'art. 110, non si può argo-

(a) Salvo ciò che vengo a dire in via di eccezione nel § CXXI.

(b) « *Se la Corte condannerà ad una delle pene criminali contemplate nei cinque primi numeri dell'articolo* 13 *Codice penale*, colla medesima sentenza dichiarerà rimanere assorbita nella pena applicata tutte le pene corporali in cui il condannato potrà essere incorso per delitti o contravvenzioni preveduti nell'articolo precedente ».

(c) Decisione della Corte d'appello di Torino (14 giugno 1851, sopra ricorso dell'avvocato generale) e della Corte di cassazione dell'11 febbraio 1852.

mentare che la stessa virtù sia accordata alla pena correzionale. Ciò rovescierebbe tutto il sistema.

Ma si ripiglia: se dovesse aver luogo il cumulo, ne verrebbe questo assurdo o inconveniente gravissimo, che il minore che doveva esser punito con pena criminale per la natura propria del reato e non lo fu che con pena correzionale in grazia della età, porterebbe infine più carico di quello che se fosse maggiore, dovendo soggiacere alle singole pene incorse per ciascun delitto (a). Non so bene se questo sia possibile: pure voglio ammetterlo. In più modi tuttavia si risponde all'argomentazione contraria: 1° che per essa si mostrerebbe che la legge non è buona non essendo logica in tutte le sue conseguenze; ma quando una legge non buona esiste, non può rifiutarsi (b); 2° che una legge non può dirsi propriamente cattiva per non essere soddisfacente in ogni sua conseguenza; essa adempie a'suoi fini principali e in ciò consiste d'ordinario la bontà degl'istituti umani che non possono sempre ad ogni cosa provvedere; 3° (più direttamente) che la legge dell'assorbimento cade sulle pene più acerbe e terribili che sono anche le più diuturne; e non ha la stessa ragione di operare sulle pene più lievi meno opprimenti e più tollerabili eziandio prolungate, onde vediamo il sistema concentrico venirsi dileguando coll'abbassarsi della pena e infine nelle accessorie e pecuniarie mancare del tutto.

551. Una eccezione per altro accetto volontieri nei casi previsti dall'art. 95 del Codice penale; cioè per reati commessi in istato d'incipiente o incompleta imbecillità, pazzia, ecc., ai quali è assegnata una penalità affatto speciale, onde caso del tutto eccezionale dee considerarsi (c). « Difatti, dice il conte Saluzzo, se una persona commette crimini e delitti mentre durano le circostanze morali o fisiche prevedute dall'art. 95 del Codice penale, *non si saprebbe come separare la imputabilità degli uni e degli altri:* assoggettandosi l'imputato alla pena del carcere o della custodia per tutti i reati, la pena inflitta assorbirà naturalmente tutta la punizione di cui può essere meritevole ».

(a) Si propone pure un'altra obbiezione in vista delle conseguenze derivanti dal cumulo nel caso di commutazione di pena *per infermità mentali*, ma io ritengo che male si uniscano le due obbiezioni; essendo che la seconda è certamente fondata ma il nostro ragionamento diverso, come or ora diremo.

(b) Nel seguente § vedremo qualche altra legge, realmente cattiva, e parimenti irrecusabile.

(c) Massa-Saluzzo, *Comm. al Codice di procedura penale*, § 151.

552. Nasce questione sul modo di calcolare la durata della pena afflittiva, sussidiaria della pena pecuniaria, nel concorso di due o più contravvenzioni.

Mi giova rivedere un caso giudicato; e opportunamente ricordato dall'avvocato Mona.

Tizio reo di due contravvenzioni, punibili entrambe cogli arresti e coll'ammenda, è condannato da un giudice, cumulativamente e complessivamente, agli arresti per giorni sette ed all'ammenda di L. 65 commutabili in sussidio con 32 giorni di carcere.

Nel ricorso interposto dal pubblico Ministero contro questa sentenza si sostenne che il giudice aveva errato, dovendosi invece limitare la pena a giorni 22.

La proposizione del pubblico Ministero era dedotta: 1° dall'art. 67 del Codice penale che, in caso di non effettuato pagamento, ne ammette la commutazione negli arresti col ragguaglio di lire due per ogni giorno, *purchè non ecceda il termine di giorni quindici;* 2° dall'art. 115, che in fatto di contravvenzione ordina applicarsi simultaneamente le pene a ciascuna di esse corrispondenti, purchè nelle pene dello stesso genere *non si ecceda della metà il* maximum *stabilito dalla legge se si tratti di due sole contravvenzioni;* e non si ecceda il doppio del *maximum* se le contravvenzioni fossero in numero maggiore.

Ponendosi fra codesti limiti il pubblico Ministero fece un calcolo esatto.

La Corte di cassazione (*a*) annullò bensì la sentenza; ma entrò in un diverso calcolo, o, per dir meglio, in un diverso principio; disse che non si potevano eccedere i quindici giorni stabiliti *in modo generale ed assoluto* dall'art. 115 *e che dee ricevere la sua applicazione in tutti i casi in cui ha luogo la prescritta commutazione.* E quindi anche in quel caso benchè di due contravvenzioni si trattasse (*b*). Il legislatore, ragionava quel supremo consesso, pose *un limite agli arresti per tutte le condanne pecuniarie qualunque fossero; disposizione penale* (*applicabile anche alle multe*) *che non può estendersi oltre i casi dalla legge contemplati*, altrimenti sarebbe oltre la volontà di lei aggravata la posizione del reo il *che, avverrebbe necessaria-*

(*a*) Alla cui decisione aderisce l'egregio autore della *Memoria.*

(*b*) La causa era giudicata sotto l'impero del precedente Codice penale in ciò però non diverso da quello del 1859.

*mente se nella graduazione della pena degli arresti si dovesse aver sempre per norma la qualità* ( forse volle dire *quantità* ) *dell'ammenda inflitta*.

Tanta benignità onora il cuore di quei giudici ma non è questo lo intendimento della legge. Noi possiamo ben facilmente ideare due contravvenzioni distinte e scorgere chiaramente che a ciascuna di esse deve applicarsi la pena propria, tale essendo il principio adottato dall'art. 115 del Codice penale. Il *maximum* della pena afflittiva sussidiaria non può eccedere per ciascuna i quindici giorni; e sarebbero giorni trenta ( che nel caso sommano a 22 ), non potendosi nel concorso di due contravvenzioni eccedere *la metà del* maximum, clausula che rimarrebbe inattiva e senza senso.

Ma che sarebbe se invece si trattasse di tre contravvenzioni o più? Se per quattro contravvenzioni s'incorse la pena di duecento lire di ammenda (essendo il sommo per ciascuna di lire cinquanta) e quindi nel totale la pena sussidiaria di giorni sessanta, il cumulo sarebbe sempre scontato con quindici giorni: pena inalterabile! Ma vi sono forse delle pene inalterabili e fisse per ogni complesso di reati quando a ciascun reato è dichiarato doversi applicare la pena corrispondente quantunque proporzionatamente riducibile? Niuno eccedente aggravio all'imputato qualora la norma benigna della commutazione sia rigorosamente osservata, egli paga il debito rispondente alle moltiplicate sue colpe, ma è favorito dalla riduzione stabilita nel loro concorso.

## § CXXI. — *Dei giudizii che hanno luogo per determinare l'assorbimento o la riduzione della pena.*

553. Vi ha un accentramento di giudizii come un accentramento di penalità. Il primo è motivato da una ragione logica (*a*); il secondo da una ragione che nulla ci vieta di chiamare politica. Ma la connessione dei reati non importa la fusione delle pene; e l'assorbimento non conduce con sè, almeno necessariamente, la unione dei giudizii. Abbiamo dunque dei giudizii riuniti nelle cui decisioni la pena si amministra col sistema distributivo, come se si trattasse di altrettanti

(*a*) I reati sono connessi per la necessaria relazione dei fatti.

fatti correzionali; altre volte la composizione della pena non può farsi che sovraponendo un giudizio all'altro (*a*).

In alcune di codeste operazioni si effettua un vero apprezzamento di fatto, in altre no, e non può dissimularsi che in questa parte la nostra legislazione è travagliata da non pochi difetti e reclama una sapiente revisione.

Resta pertanto ad esaminarsi da ultimo e brevemente.

*a*) Come avvenga che ora si giudichi congiuntamente ed ora separatamente;

*b*) Quali siano gli effetti di codesta varia maniera di giudizii;

*c*) Quali magistrati intervengano;

*d*) E se la stessa azione penale pei reati minori esista o scompaia nel sistema dell'assorbimento.

554. Gli scrittori delle cose nostre convengono che il Codice di procedura ha influito poco felicemente sui limpidi criterii del Codice penale; ciò per altro, io aggiungo, senza una precisa volontà d'innovare ma per effetto del proprio sistema. È nel titolo della competenza che, trattandosi della relazione dei giudizii penali, si viene disponendo e dei giudizii che sono di natura loro connessi e del metodo di pronunciare la penalità. È materia degli art. 19 al 27.

Vi è relazione *di causalità* nei reati *connessi; e di penalità* nei reati, il concorso dei quali genera totale o parziale assorbimento di pena. I reati maggiori sono sempre forniti di una qualità di attrazione più urgente sì nella parte conoscitiva che nella deliberativa. Gli articoli 19 e 20, statuiscono della prima, fermando che la norma della competenza deriva principalmente dal luogo ove furono commessi i crimini. Dopo la connessione *reale* ivi annunziata, il cui effetto è di preparare la unione dei giudizii, l'art. 21 contempla la connessione personale nel punto di vista della compenetrazione della pena. L'articolo 21 prevede in un modo generale che i crimini, commessi dallo stesso individuo con delitti e contravvenzioni, potrebbero produrre un assorbimento di pena; e riflettendo alla, per quanto esso crede, migliore economia dei giudizii, ordina nel detto articolo che la cognizione *loro rimanga sospesa finchè la Corte abbia statuito sopra i reati che coll'art.* 19 *sono attribuiti alla sua cognizione.*

(*a*) Chiamo *composizione della pena* la operazione onde per formarla si uniscono i varii elementi giuridici nel sistema del semi-assorbimento, o assorbimento parziale, o trasformazione.

Quest'ordine, bisogna avvertirlo, è diretto alla Sezione d'accusa che pronuncia la sospensione.

Dall'art. 21 al 22, il passaggio è alquanto brusco, mi permetto questa parola; l'art. 22 contiene una regola non più per la Sezione d'accusa ma per la Corte d'assise.

La Corte vede innanzi a sè il giudizio sospeso, e quando condanna a pene criminali (eccettuata la interdizione dei pubblici ufficii), non se ne occupa nè punto nè poco; vi passa sopra e visto il titolo, colla medesima sentenza dichiara *rimanere assorbite nella pena applicata tutte le pene corporali in cui il condannato potrà essere incorso per delitti o contravvenzioni preveduti nell'articolo precedente.* È una assoluzione generale; una indulgenza plenaria senza penitenza.

Il Pescatore osserva (cap. IX *Procedura penale*) che il reato minore « si considera sempre, nella estimazione della pena da infliggersi, *come una circostanza aggravante* del reato maggiore ». La idea è esatta. La influenza di un reato, anche di minore importanza, che viene portato all'esame dei giudici insieme ad altri di maggior forza, è una verità che non si può sconoscere senza offesa della giustizia. Posto anche l'assorbimento totale, dato che al reato minore non ci sia pena applicabile, è un elemento di moralità che non si deve trascurare, può compiere il quadro della vita abituale di un uomo, sparger luce sull'insieme de'suoi atti, consolidare le convinzioni, contribuire alla misura stessa della pena nell'orbita assegnata. Poi si vede mal volentieri una imputazione senza esito, un reato non solo senza pena ma senza riprovazione, incerto nella sua esistenza, esposto ad essere imperfettamente e in diversa forma estimato dai giudici civili sotto colore di economia dei giudizii (*a*).

555. In effetto l'azione penale, prima sospesa, si estingue e muore sul banco della Corte d'assise proclamante l'assorbimenlo totale, la nullità della pena *pei delitti e le contravvenzioni*, art. 22 procedura penale.

Tutto questo avviene a due condizioni: 1° che trattisi di reati *anteriori* al giudizio della Corte d'assise (*b*), ad essa rinviati dal decreto della Sezione d'accusa, 2° che i reati non siano connessi.

(*a*) La via civile della indennità è sempre aperta al danneggiato.

(*b*) Dico *anteriori*, perchè se nuovi reati si scoprissero nel dibattimento, dovrebbe aver luogo il disposto dell'art. 505. Gli scrittori francesi se ne occuparono soverchiamente e senza un perfetto indirizzo.

Se i reati sono connessi, la Corte prende in esame e giudica espressamente, e secondo ragione, dei delitti e delle contravvenzioni che formano una specie di unità morale coi crimini (art. 19). Qualche volta la pena minore rimarrà assorta, qualche altra aumenterà la pena principale portandovi il suo contributo. Allora però avremo elementi complessi per ammministrare giustizia in quella maniera di giudizii che abbiamo sopra accennata (a).

556. Ma altro reato potrebbe scoprirsi dopo *una condanna a pena temporanea* commesso *anteriormente* alla sentenza. L'azione penale, sorgendo in tutto il suo vigore, chiede ragione anche di questo reato, e promuove una decisione che potrà esercitare una influenza retroattiva sulla cosa giudicata; unico esempio, in omaggio di un principio, o piuttosto di un sistema sotto il cui dominio si devono raccogliere tutti i giudicati riguardanti i reati anteriori allo stato di condanna. Devesi però riconoscere che la retroattività è benefica al condannato; intende a preservarlo da una condanna più grave, e ad applicargli benignamente il sistema dell'assorbimento, non dovendo imputargliglisi a colpa la postuma scoperta.

Al giudice adunque appartiene il moderare la propria decisione a quella che fu già emanata. Potrebbe rimanere senza effetto *ove la nuova sentenza pronunziasse una pena di genere superiore alla prima* (art. 117 del Codice penale). O la prima condanna potrebbe essere aumentata, o nuova e distinta condanna proferirsi secondo le diverse guise di applicazione che va a prendere il sistema dell'assorbimento e del semi-assorbimento al caso pratico. Quel giudice veramente, come alcuno disse, è sostituito al primo; si colloca al suo posto: e governa quasi paternamente la pena. Ma dopo la condanna

(a) La male intesa distinzione è avvisata dal mio illustre collega anche nelle sue conseguenze. « Però il Codice di procedura penale introduce una distinzione. Se il delitto è connesso intrinsecamente col crimine, si procede congiuntamente per l'uno e per l'altro nello stesso giudizio contro la stessa persona; se non è connesso, il giudizio pel crimine sospende il giudizio pel delitto e la condanna di quello estinguerà la pena correzionale. Ma che? Si vorrebbe forse sottoporre a più severa condanna il reo di un crimine e di un delitto connessi, assolvendo dalla pena minore il reo di un crimine e di un delitto distinti? Noi combattiamo come irragionevole ed iniqua una tale interpretazione ». *Sposiz. della proced. civ. e crim.* vol. II, p. I. Concorda pure con noi, *che la disposizione del Codice è troppo formale per poter essere contraddetta.* Onde il vizio è proprio nella legge e non già nel modo d'intenderla.

tutte le pene cadono, per così dire, a piombo, e non c'è più remissione. Anzi il reato dopo una condanna viene a costituire la recidiva; quello stato odioso alla legge, quella perseveranza nel male che è nello stesso tempo una professione d'iniquità e una derisione della giustizia.

FINE.

# INDICE

Osservazioni preliminari . . . . . . . . . . . . . . . . . pag. 7
Sommario dell'opera . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 13
Sunto dell'opera di M. Mangin. — *Traité de l'action publique et de l'action civile* . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 65

CAPO I.

**Dei caratteri generali e costitutivi dell'azione penale.**

§ I. — L'azione. Analisi del suo concetto giuridico . . . . . . . » 145
II. — Dei molteplici aspetti dell'azione . . . . . . . . . . » 146
III. — Dell'azione penale in ordine al processo . . . . . . . » 148
IV. — Che il premesso concetto apre la distinzione fra il processo inquisitorio e dà la misura del processo moderno . . . . » ivi
V. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . » 151
VI. — La storia, sino all'epoca moderna, non ci presenta che il processo giudiziario-politico . . . . . . . . . . . . . » 154
VII. — Dei processi politici direttamente contrarii alla giustizia . » 159
VIII. — Delle forme del processo accusatorio e inquisitorio come procedenti dalla idea politica . . . . . . . . . . . » 160
IX. — Del processo penale moderno nel rispetto della forma . » 162
X. — *Continuazione.* Delle armoniche attinenze fra la informazione scritta e la discussione orale . . . . . . . . . . . » 165
XI. — Relazione fra lo Stato e la giustizia penale . . . . . . » 170
XII. — La giustizia penale e lo Stato costituzionale . . . . . » 174
XIII. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . » 176
XIV — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . » 181
XV. — Indipendenza della giustizia penale dallo Stato . . . . . » ivi

§ XVI. — Dell'azione penale (pubblica) nelle sue attinenze colla giustizia penale . . : . . . . . . . . . . . . . . . pag. 185
XVII. — Dell'autonomia e indipendenza dell'azione penale . . . . » 187
I. L'azione penale non appartiene alla società più che appartenga alla società il giudicare. L'azione penale è un atto di giustizia . . . . . . . . . » ivi
II. La quistione se l'azione penale abbia ad esercitarsi da ogni cittadino, o delegarsi ai magistrati è mal posta: e deriva da un concetto erroneo del diritto penale» 188
III. Fondamento della indipendenza del potere giudiziario 191
IV. Come deve intendersi quell'articolo dello Statuto, *La giustizia emana dal Re* . . . . . . . . . . . » 192
V. Che la podestà di giustizia e quella di grazia sono di un ordine diverso . . . . . . . . . . . . . . » 195
VI. La indipendenza dell'azione penale è fondata negli stessi principii sui quali si fonda la indipendenza dalla giustizia penale . . . . . . . . . . . » 197
XVIII. — L'azione penale e il Pubblico Ministero . . . . . . . » 200
XIX. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 205

## CAPO II.

### Dei principali requisiti e dei caratteri differenziali dell'azione penale e dell'azione civile.

§ XX. — L'azione pubblica . . . . . . . . . . . . . . . . . » 211
XXI. — Della indipendenza organica del Pubblico Ministero nell'esercizio dell'azione penale . . . . . . . . . . . . » 212
I. Indipendenza in relazione alla parte lesa . . . . » ivi
II. Indipendenza in ordine alla parte civile . . . . . » 213
XXII. — Delle attinenze del ministero dell'azione con quello della istruzione . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 217
XXIII. — L'azione penale e l'azione civile . . . . . . . . . . » 226
XXIV. — L'azione penale, non dipendente da querela, una volta formalmente intentata, è irretrattabile . . . . . . . » ivi
XXV. — Disponibilità dell'azione civile . . . . . . . . . . » 233
XXVI. — Limitazione del principio nel falso incidente . . . . . . » 234
XXVII. — Cessibilità dell'azione civile. Effetti giudiziali . . . . . » 240
XXVIII. — *Continuazione.* Opinioni del Mangin e dell'Helie . . . . » 242

## CAPO III.

### Dell'esercizio dell'azione penale e dell'azione civile.

§ XXIX. — Sostanzialità dell'azione del danno. Facoltà di adire la giurisdizione civile e la criminale . . . . . . . . . » 249

§ XXX. — *Continuazione.* Attribuzioni del giudice civile . . . *pag.* 253
I. Quando l'azione penale non è più possibile . . . » ivi
II. Quando l'azione penale è ancora possibile . . . . » 256
III. Dopo la sentenza del giudice penale . . . . . » 260
XXXI. — Eletta la giurisdizione civile non si può far transito alla penale; e se dalla penale alla civile possa farsi . . . . . » 262
I. Fondamento della prima regola . . . . . . . » ivi
II. Se vi siano delle limitazioni di questa regola . . . » 263
III. Eletta la via penale non si può far transito alla civile . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 270

## CAPO IV.

### Estensione dell'azione penale e dell'azione civile.

§ XXXII. — Introduzione . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 273
XXXIII. — Relazione fra i concetti di penalità e di territorio . . . » 275
XXXIV. — Estensione procedente da causa estrinseca, ossia dal diritto di giurisdizione . . . . . . . . . . . . . . . . » 277
I. Navi da guerra . . . . . . . . . . . . . » ivi
II. Navi di commercio . . . . . . . . . . . . » 280
III. Dei luoghi in cui è spiegata la bandiera nazionale » 281
XXXV. — Estensione procedente da causa intrinseca, ossia dal diritto di giurisdizione . . . . . . . . . . . . . . » 282
I. Sugli stranieri che delinquono nel territorio dello Stato . . . . . . . . . . . . . . . . . » ivi
II. Inviolabilità ed immunità degli ambasciadori ed agenti diplomatici . . . . . . . . . . . . » 283
XXXVI. — Estensione procedente da causa estrinseca . . . . . . » 287
I. Estensione del territorio materiale per causa di sicurezza . . . . . . . . . . . . . . . . » ivi
II. Dei reati commessi sui confini del nostro territorio » 289
III. Dei reati commessi fuori del nostro territorio . » ivi
XXXVII. — *Continuazione.* Istituti d'ordine. Procedimento . . . . . » 293
XXXVIII. — *Continuazione.* Osservazioni sull'art. 10 del Codice penale » 296
XXXIX. — Cosa giudicata da tribunali esteri sulle riparazioni civili . » 300
XL. — Del diritto della estradizione. Principii e caratteri generali 302
XLI. — Questioni territoriali non comprese nel diritto di estradizione . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 316
I. Oggetto del capitolo . . . . . . . . . . . » ivi
II. Esame delle quistioni . . . . . . . . . . » 318
III. *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . » 322

CAPO V.

**Funzioni e responsabilità del ministero dell'azione penale.**

§ XLIII. — Ragioni di metodo . . . . . . . . . . . . pag. 325
XLIV. — Di alcune opinioni del Maugin che non si reputano ammissibili . . . . . . . . . . . . . . . . » 326
XLV. — Sulla ricusa degli ufficiali del Pubblico Ministero . . » 328
XLVI. — Della responsabilità civile degli ufficiali del Pubblico Ministero . . . . . . . . . . . . . . . . » 332
I. Dell'errore . . . . . . . . . . . . . . . . » ivi
XLVII. — *Continuazione.* Responsabilità dell'errore nel magistrato » 337

CAPO VI.

**Del soggetto di diritto dell'azione civile.**

§ XLVIII. — Di alcune determinazioni del Codice su questa materia » 341
XLIX. — Della capacità e dell'interesse . . . . . . . . . » 342
L. — *Continuazione.* Dell'interesse personale . . . . . » 346
LI. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . » 349
LII. — Persona defunta . . . . . . . . . . . . . . . » 350
LIII. — *Continuazione.* Oltraggio alla memoria del defunto . » 354
LIV. — Dell'interesse in quanto dicesi attuale e formato. Dell'interesse dell'offesa in relazione al tentativo . . . . » 356
LV. — Dell'interesse generale di un corpo morale costituito » 359
LVI. — Dell'alienabilità dell'azione penale . . . . . . . » 364
I. Diritto di pegno . . . . . . . . . . . . » ivi
II. Del diritto dei creditori che esercitano l'azione civile contro il reato del debitore . . . . » 365
III. Sulla cessibilità dell'azione civile . . . . . » 367

CAPO VII.

**Del diritto della querela.**

PARTE I.

*Generalità.*

§ LVII. — Indole razionale e giuridica del diritto della querela . » 371
LVIII. — *Continuazione.* Metodo dei trattatisti francesi . . . » 375
LIX. — Saggio di confronto cogli antichi istituti romani. Osservazioni critiche sopra una dottrina di Faustin Helie. » 377
LX. — Della desistenza come complemento della teoria esposta nel § LVII . . . . . . . . . . . . . . . . » 380

PARTE II.

*Specialità.*

§ LXI. — Adulterio . . . . . . . . . . . . . . . . . . pag. 383
I. Del diritto della desistenza . . . . . . . . » ivi
II. Dell'azione e della desistenza rapporto al complice » 386
III. Se l'azione d'adulterio si estingua colla morte del marito . . . . . . . . . . . . . . . . » 391
LXII. — Del ratto con effetto di matrimonio . . . . . . . . » 392

CAPO VIII.

**Del diritto di autorizzazione — Introduzione.**

§ LXIII. — Proemio . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 395
LXIV. — Duplice scopo dell'autorizzazione . . . . . . . . » 396

PARTE I.

§ LXV. — Fondamento dell'autorizzazione relativa alla persona offesa 397
LXVI. — Delle offese contro il Senato e la Camera dei deputati » 398
LXVII. — Delle offese contro i Magistrati, Tribunali o altri corpi costituiti . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 400
LXVIII. — Appendice al paragrafo precedente. Delle scritture ingiuriose prodotte davanti i tribunali . . . . . . . » ivi
LXIX. — Delle offese contro i sovrani e i capi dei governi esteri . » 404

PARTE II.

§ LXX. — Dell'autorizzazione passiva. Oggetto della istituzione . » 407
LXXI. — Cenni storici . . . . . . . . . . . . . . . . . » 409
LXXII. — Delle disposizioni relative a garanzia politica . . . . » 413
LXXIII. — Della garanzia amministrativa, riprovata dalle ragioni che la escludono . . . . . . . . . . . . . . . . . » 414
LXXIV. — Della garanzia politica . . . . . . . . . . . . . » 418
I. Creazione di una competenza speciale. . . . . » 419
II. Avvertenze sull'accusa e sul procedimento . . » 425
III. I Senatori giudicati dal Senato . . . . . . . » 435
IV. Dell'azione penale contro i deputati . . . . . » 438
LXXV. — Alcune osservazioni sul sistema inglese . . . . . . » 440
LXXVI. — Del diritto d'azione pei reati dei ministri del culto . . » 443
LXXVII. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . » 446

## CAPO IX.

### Delle questioni pregiudiziali.

§ LXXVIII. — Dell'*actio prejudicialis* . . . . . . . . . . *pag.* 455
LXXIX. — Della natura della questione pregiudiziale . . . . . » 457
LXXX. — Della questione pregiudiziale nel rispetto della giurisdizione . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 459
LXXXI. — *Continuazione.* Della indipendenza della giurisdizione penale . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 462
LXXXII. — Della questione pregiudiziale di stato quanto allo stato di figlio . . . . . . . . . . . . . . . . » 464

I. Diritto romano . . . . . . . . . . . . » ivi
II. Diritto francese . . . . . . . . . . . » 465
III. *Continuazione* . . . . . . . . . . . » 467
IV. Nuovo diritto italiano . . . . . . . . » 469

LXXXIII. — Delle prove civili nel giudizio penale (*sistema francese*) » 475
LXXXIV. — Delle prove civili nel giudizio penale (*sistema italiano*) » 477
LXXXV. — Questione pregiudiziale. Bigamia. Legislazione e giurisprudenza francese . . . . . . . . . . . . . . » 480
LXXXVI. — *Continuazione.* Legislazione e giurisprudenza italiana » 484
LXXXVII. — *Continuazione.* Osservazioni sull'art. 31 del Codice di procedura penale del 1859 . . . . . . . . . » 489
LXXXVIII. — Questioni pregiudiziali. Proprietà o altro diritto reale » 492
LXXXIX. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . » 497

## CAPO X.

### Estinzione del diritto dell'azione penale.

*Cosa giudicata.*

§ XC. — Introduzione. Metodo. Generalità . . . . . . . . » 503
XCI. — Della legalità del giudicato . . . . . . . . . . » 505
XCII. — Limitazioni al principio d'immutabilità della cosa giudicata . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 509

I. Legislazione e giurisprudenza francese . . » ivi
II. Legislazione italiana. Della revisione . . . » 514

XCIII. — Irrevocabilità del giudicato. Sentenza contumaciale . » 517
XCIV. — Del rapporto d'identità fra i fatti giudicati e i fatti giudicabili . . . . . . . . . . . . . . . . . » 519
XCV. — Applicazione della teoria in relazione all'art. 504 del Codice di procedura penale . . . . . . . . . » 523

§ XCVI. — Di più reati derivati da un solo fatto. (*Idee francesi*) pag. 526
XCVII. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . » 531
XCVIII. — *Continuazione.* Legislazione italiana. Teoria dei fatti nuovi . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 538
XCIX. — Della cosa giudicata condizionale per sentenza della Sezione d'accusa. (*Opinioni divise*) . . . . . . . . » 544
C. — Dell'autorità del giudicato penale sulla questione dei danni-interessi . . . . . . . . . . . . . . » 548
CI. — *Continuazione.* (Opinione dell'autore) . . . . . . . » 552
CII. — Sulla cosa giudicata civile e sulla cosa giudicata penale, attinenze e differenze . . . . . . . . . . . . » 557
CIII. — Formola e contenuto della cosa giudicata penale . » 560
I. Della sentenza di condanna. . . . . . . . » ivi
II. Sentenze assolutorie . . . . . . . . . . » 561
CIV. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . » 565
I. Estensione del contenuto. Teoria . . . . . » ivi
II. Giurisprudenza . . . . . . . . . . . . » 567
CV. — Della cosa giudicata in relazione a correi complici ed altri non intervenuti nel giudizio . . . . . . . » 570
CVI. — Delle sentenze della sezione d'accusa e dell'azione civile » 572

## CAPO XI.

### Dell'estinzione dell'azione penale per causa di prescrizione.

§ CVII. — Duplice aspetto del diritto di prescrizione. (*Sistema del Codice penale*) . . . . . . . . . . . . . . . » 577
CVIII. — Del principio razionale della prescrizione nell'ordine civile . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 578
CIX. — Del principio razionale della prescrizione nell'ordine penale . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 584
CX. — Della condizione del tempo . . . . . . . . . . » 587
I. Dell'età minore . . . . . . . . . . . . » 588
II. Delle circostanze attenuanti . . . . . . » 590
CXI. — Del corso del tempo prescrittivo . . . . . . . . » ivi
I. Dei reati continuati . . . . . . . . . . » ivi
II. Dell'ultimo atto della procedura . . . . . » 592
CXII. — Della sospensione e dell'interrompimento del corso della prescrizione . . . . . . . . . . . . . . . . . » 593
CXIII. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . » 597
CXIV. — Prescrizione delle condanne contumaciali . . . . . » 600

§ CXV. — Della prescrizione e delle incapacità civili che seguono dalla condanna . . . . . . . . . . . . . pag. 604
CXVI. — Delle attinenze prescrittive fra l'azione penale e l'azione civile in ordine al tempo . . . . . . . . . . » 610
CXVII. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . » 613
CXVIII. — *Continuazione* . . . . . . . . . . . . . . . . . » 615
CXIX. — Prescrizione. Diritto transitorio . . . . . . . . . . » 621
CXX. — Della estinzione della pena per assorbimento . . . . . » 626
I. Generalità, calcolo della pena . . . . . . . » 626
II. Legislazione francese . . . . . . . . . . » 627
III. Legislazione italiana . . . . . . . . . . » 631
IV. Osservazioni specifiche . . . . . . . . . » 633
CXXI. — Dei giudizii che hanno luogo per determinare l'assorbimento o la riduzione della pena . . . . . . . . » 639



